

L'Enquête en Matière Civile :
LA FIDÉLITÉ DU TÉMOIGNAGE

Thèse pour le Doctorat

soutenue publiquement

dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit

le Samedi 7 Février 1942, à 14 heures 30

par

Georges DESMOTTES

Avocat à la Cour d'Appel de Caen

Lauréat de la Faculté de Droit de Caen

et de la Conférence de stage

Chargé de mission au Commissariat Général à la Famille

JURY D'EXAMEN

MM. E. GOMBEAUX, Professeur, Président de Thèse.

B. PERREAU

J. YVER

} Professeurs, Suffragants.



Imprimerie OZANNE & C^o
16 à 22, Rue des Rosiers
CAEN

—
1942

L'Enquête en Matière Civile :

LA FIDÉLITÉ DU TÉMOIGNAGE



L'Enquête en Matière Civile : **LA FIDÉLITÉ DU TÉMOIGNAGE**

Thèse pour le Doctorat

soutenue publiquement

dans la Salle des Actes de la Faculté de Droit

le Samedi 7 Février 1942, à 14 heures 30

par

Georges DESMOTTES

Avocat à la Cour d'Appel de Caen

Lauréat de la Faculté de Droit de Caen

et de la Conférence de stage

Chargé de mission au Commissariat Général à la Famille

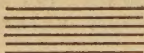
JURY D'EXAMEN

MM. E. GOMBEAUX, Professeur, Président de Thèse.

B. PERREAU

J. YVER

} Professeurs, Suffragants.



UNIVERSITÉ DE CAEN - FACULTÉ DE DROIT

Année Scolaire 1941-1942

Doyen :

M. HENRY NÉZARD (*, I. ☞)

Assesseur du Doyen :

M. GOMBEAUX (*, I. ☞)

Professeurs honoraires :

MM. CABOUAT (O. *, I. ☞)

DEGOIS (I. ☞)

BRIDREY (*, I. ☞)

Professeurs :

- MM. NÉZARD (*, I. ☞), professeur de Droit administratif ;
GOMBEAUX (*, I. ☞), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Droit international privé ;
BRUNET (*, I. ☞), professeur sans chaire, Député ;
LEPARGNEUR (*, I. ☞), professeur de Droit commercial, chargé du Cours de Droit maritime ;
LEMONNIER (I. ☞), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Législation industrielle ;
PERREAU (*, I. ☞, #), professeur de Droit criminel, chargé d'un Cours de Droit civil (Capacité) ;
YVER (☞, ☞), professeur d'Histoire du Droit français et d'Histoire du Droit privé, chargé du Cours d'Histoire de la Coutume de Normandie ;
PRUD'HOMME (*, ☞, ☞), professeur de Procédure Civile et de Voies d'Exécution, en congé ;
FRÉJAVILLE (☞), professeur de Droit civil, chargé du Cours de Droit civil approfondi et comparé et d'un Cours de Droit civil (Capacité) ;
BESNIER (☞, ☞), professeur de Droit Romain ;
LEDUC, professeur d'Economie Politique, en mission ;
SAINT-GERMÈS, professeur d'Economie Politique ;
VILLEY-DESMESERETS, agrégé, chargé d'un Cours d'Economie politique, du Cours de Législation financière et du Cours d'Histoire des Doctrines économiques ;
FOURGEAUD (*), agrégé, chargé du Cours de Législation minière et du Cours d'Economie rurale ;
DE LA CHARRIÈRE, chargé d'un enseignement de Droit public ;
LEBRUN, chargé des Cours de Procédure civile et de Voies d'exécution.

Secrétaire :

M. ROUX (*, I. ☞, ☞, ☞), secrétaire des Facultés de l'Université de Caen.

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

JURY D'EXAMEN

MM. E. GOMBEAUX, Professeur, Président de Thèse.

B. PERREAU

J. YVER

{ Professeurs, Suffragants.

A ma Femme.

ERRATA

- Page 32, 17^e ligne, *lire* : Vivius Varus *au lieu de* Vibius Varus.
- Page 73, 11^e ligne, *lire* : sans réserves *au lieu de* sous réserves.
- Page 103, 15^e ligne, *lire* : mesures conservatoires *au lieu de* mesures conservatrices.
- Page 104, 13^e ligne, *lire* : préalable au procès au fond : *au lieu de* préalable au procès. Au fond :
- Page 108, 7^e ligne, *lire* : hors des parties *au lieu de* hors de parties.
- Page 126, 27^e ligne, *lire* : « cross-examination » *au lieu de* « cross-exmination ».
-

Digitized by the Internet Archive
in 2026

ABRÉVIATIONS USUELLES

B. C.	Bulletin Criminel de la Cour de Cassation.
D.	Recueil Mensuel de Dalloz.
D. H.	Recueil Hebdomadaire de Dalloz.
G. P.	Gazette du Palais (Recueil Mensuel).
G. T.	Gazette des Tribunaux.
S.	Recueil Mensuel de Sirey.
R. T. C.	Revue trimestrielle de Droit Civil.
Civ.	Chambre Civile de la Cour de Cassation.
Crim.	Chambre Criminelle de la Cour de Cassation.
Req.	Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation.
Soc.	Chambre Sociale de la Cour de Cassation.
Op. cit.	Ouvrage déjà cité.

INTRODUCTION

« De la lumière ! »... Ce cri de Gœthe mourant traduit l'idéal commun du juge, du savant, de l'historien : découvrir le vrai.

La recherche de la vérité demeure le but des aspirations de l'homme et le juriste, soucieux d'appliquer des règles de droit à des fragments de conduite humaine, partage à cet égard le tourment du physicien, penché sur une expérience de laboratoire et celui du philosophe avide de percer l'énigme de la création.

L'œuvre de justice qui consiste à dire le droit, c'est-à-dire à insérer des principes d'ordre et d'équité dans les méandres des relations sociales, implique la poursuite obstinée et passionnée du vrai. Il faut démêler l'écheveau souvent fort embrouillé des faits avant de dégager les applications possibles de la loi. Pour établir avec certitude cette vérité, le législateur a défini et réglementé un ensemble de procédés, destinés à procurer au juge sa conviction ; c'est la théorie des Preuves.

Or le système de notre Code Civil est, tout entier, dominé par le principe de la supériorité de la preuve écrite sur la preuve testimoniale. L'article 1341 l'énonce en édictant les deux règles suivantes : 1°) il doit être passé un écrit pour tout acte au-dessus de 500 francs ; 2°) lorsqu'un écrit a été rédigé, il ne peut être complété ou dénaturé par l'allégation de preuves testimoniales.

Le seul motif de cette suspicion est-il, comme l'indique la Doctrine Classique (1), le danger de la subornation des témoins? N'a-t-on pas redouté plutôt une infériorité intellectuelle du témoignage, qui ne permettrait pas aux témoins, à raison des lacunes et de l'oblitération de leurs souvenirs, de déposer utilement lorsqu'il s'agit de conventions, car la nature et la portée de tout consentement juridique soulèvent en général des appréciations très délicates ? (2). Qu'importe ? La suspicion est certaine... elle imprègne tout notre droit.

Loin de nous la pensée de soutenir qu'elle est sans fondement ! La preuve testimoniale certes, ne peut jamais offrir un caractère de certitude absolue. Trop souvent, elle est altérée par les passions ou les infirmités humaines, les illusions des sens, les infidélités de la mémoire. C'est donc un mode de preuve qui ne doit être admis qu'avec la plus grande prudence et employé avec le plus grand discernement.

La foi au témoignage a été longtemps fondée sur cette croyance que la tendance naturelle de l'homme était de dire la vérité ! Dans ses « Recherches sur l'entendement humain », Reid la systématise même sous le nom de principe de véracité. Aujourd'hui, nous sourions de l'affirmation naïve de Bentham : « La vérité vient s'offrir d'elle-même et se placer sur les lèvres du témoin. Il faut une sorte de violence, de lutte pour l'écarter et lui substituer la fausseté qui lui est contraire. Or, naturellement, on évite le sentier scabreux, on prend la route facile... » (3).

Et si nous ne nous arrêtons pas sur l'anathème de l'Ecriture « Omnis homo mendax », si le mot même de Montaigne : « La vérité ne se juge pas sur le témoignage d'autrui » (4), nous

(1) Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil Français*, XII, § 762.

(2) Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, VII, § 1515.

(3) Bentham, L. I, Ch. X, *Traité des Preuves Judiciaires*.

(4) *Essais*, Livre II, Ch. XII.

paraît d'un scepticisme outré, la fable célèbre d'Esopé symbolise à merveille notre confiance très réservée : « La langue, c'est le lien de la vie civile, la clef des sciences, l'organe de la vérité et de la raison... c'est aussi l'organe de l'erreur et qui plus est, de la calomnie... ».

Mais notre propos n'est pas de gloser sur la valeur théorique du témoignage. Le témoignage est un fait. C'est un mode de preuve nécessaire, si imparfait soit-il. C'est souvent le seul à notre disposition.

Constatons aussi sa fréquence malgré l'apparente rigueur de la prohibition de l'article 1341.

Le Code Civil ouvre la voie à l'admission de la preuve testimoniale tant au-dessus de 500 francs que contre et outre le contenu des écrits dans trois cas :

1°) Lorsqu'il existe un commencement de preuve par écrit, aux termes de l'article 1347, c'est-à-dire un écrit émané de celui à qui on l'oppose et qui rend vraisemblable le fait allégué ;

2°) Lorsqu'il a été impossible à celui qui invoque la preuve testimoniale de se procurer une preuve écrite (art. 1348) ;

3°) Lorsqu'il lui a été impossible de prévenir la perte de celle qu'il s'était procurée (4° alinéa, art. 1348).

En dépit de la méfiance des rédacteurs du Code, la brèche existait donc dès 1804. Sous l'influence de la jurisprudence, elle s'est depuis lors singulièrement élargie (5).

Les exigences nées des transformations du milieu social, la compénétration de la vie civile et de la loi commerciale plus libre, l'excellence de la liberté d'investigation du droit pénal, dont le domaine pourtant est celui des droits humains les plus précieux : la liberté, la vie, l'honneur... tout ceci a fait craquer de toutes parts l'édifice.

(5) Cf. : Eugène Villebrun, *Essai sur l'extension de la Preuve par témoins dans le Droit Moderne*. Thèse, Montpellier, 1909.

Commencement de preuve par écrit ?... la notion de l'écrit a été étendue non seulement à tout écrit quelconque, mais encore aux réponses faites par la partie au cours d'un interrogatoire sur faits et articles ou d'un interrogatoire en matière pénale (6), voire même, d'une comparaison personnelle.

Impossibilité de se procurer une preuve écrite ?... la notion d'impossibilité s'est assouplie ; celle-ci peut être non seulement absolue et physique, mais relative et morale. Parfois la jurisprudence se contente de viser un usage de dispense d'écrit (7).

Simultanément, il faut noter le développement de la notion de « faits purs et simples ». Il est de doctrine que la nécessité de l'écrit, imposé par l'article 1341, ne s'étend qu'aux faits ou aux actes juridiques : ceux qui, de leur nature, produisent un effet juridique, auxquels l'intention des parties assigne dès leur conclusion des conséquences juridiques (création ou extinction d'obligations). Les « faits matériels ou purs et simples », ceux qui de leur nature ne présentent que des résultats de fait et qui n'engendrent des droits et des obligations qu'autant qu'ils se rattachent accidentellement à certains rapports juridiques (8), peuvent donc être prouvés par témoins. Les délits et les quasi-délits sont des faits matériels. On aperçoit le champ très vaste ouvert au témoignage, surtout avec les constructions récentes de la jurisprudence en matière de mandat tacite, de possession, de fourniture d'aliments, etc... Le nombre croissant des actions en responsabilité qui constituent l'aliment principal de la vie judiciaire, s'accompagne d'un accroissement numérique des enquêtes.

Si on ajoute que la prohibition de l'article 1341 n'est pas d'ordre public et que les parties peuvent y renoncer même

(6) Req., 14 février 1900, S. 1901.1.11. — Crim., 23 novembre 1923, G. P. 24.1.207.

(7) Planiol et Ripert, VII, § 1539. Voir notes et références.

(8) Aubry et Rau, XII, § 762.

tacitement (9), force est bien de conclure que, malgré les barrières légales, les possibilités d'utilisation du témoignage en matière civile sont considérables.

Les législateurs de 1804 et 1806 n'avaient certes pas prévu que le témoin deviendrait l'auxiliaire irremplaçable de la justice civile dans d'innombrables procès et en des causes qui engagent de très gros intérêts. Le fait est là : si faillible qu'apparaisse la preuve testimoniale, elle est très usitée (10).

Or le témoin est toujours prisonnier du système archaïque du Code de Procédure Civile, système hérissé de nullités, né de la méfiance de ses rédacteurs contre la preuve testimoniale, mais qui, en frappant le témoin, risque d'atteindre l'œuvre même de recherche de la vérité. Le jugement du professeur genevois Bellot reste vrai, lorsqu'il écrit du témoignage : « Ce serait la meilleure des preuves si l'on pouvait toujours compter sur l'intelligence, la mémoire, la véracité des témoins ; mais elle est devenue par la faiblesse et la malice humaine l'une des plus périlleuses. La législation par ses règles et ses formes vicieuses en a accru l'incertitude et le danger ».

Disons-le tout net : c'est fausser le problème. On peut concevoir la limitation de l'admission de la preuve testimoniale : les finesses d'un contrat seraient trahies dans la plupart des dépositions avec une absolue bonne foi. Mais lorsque le témoignage est admis, il faut lui assurer son rendement maximum.

La procédure contribue pour une large part à la manifestation de la vérité. Selon qu'elle prend plus ou moins ses précautions, elle peut, ou non, éviter des erreurs et amener des précisions utiles. Remplira-t-elle son rôle en multipliant les obstacles à force de prudence ? N'arrêtera-t-elle pas alors le libre jeu des dépositions ? Ne doit-elle pas au contraire restituer aux déclarations des témoins, avec leur spontanéité, les

(9) Civ., 1^{er} juin 1893, S. 93.1.285 ; Civ., 22 février 1896, S. 97.1.327.

(10) Les statistiques judiciaires révèlent que les tribunaux civils ont rendu 15.093 jugements ordonnant une enquête en 1909, 14.716 en 1910, 15.746 en 1911.

qualités qui leur sont propres : la vie qui en émane, leur don d'évocation, leur faculté de mettre le juge en contact direct avec la réalité ?

Il s'agit, dites-vous, d'un mode de preuve fragile. N'est-ce pas un motif de plus pour le vouloir davantage contrôlé, non pas d'une façon arbitraire et automatique, mais par une critique de raison, interne, subjective ?

Voilà des questions qu'il est impossible d'esquiver en se bornant à invoquer je ne sais quel sentiment d'hostilité, tenace à l'égard du témoignage !

*
**

Quel est en bref le problème à résoudre ? Procurer au juge une photographie aussi exacte que possible des faits dont la connaissance lui est nécessaire pour trancher les litiges. C'est le problème de la fidélité du témoignage, fidélité et non pas simplement sincérité.

Jusqu'au début du xx^e siècle, en effet, les juristes ont eu pour unique souci dans l'enquête de se protéger contre le mensonge du témoin. Ils n'avaient en vue que l'erreur volontaire. C'est l'Ecole moderne de Psychologie judiciaire qui, en révélant la science du témoignage, a fait apparaître que la vérité ne dépendait pas des seules qualités morales du témoin, mais encore de nombreux facteurs se rapportant à son état physique et mental, à l'objet de sa déposition, aux conditions de formation, de conservation et de réception de son témoignage.

Nos deux Codes sont, nous l'avons dit, marqués d'un même signe : la crainte de la subornation du témoin. Caractère exceptionnel de l'admissibilité de la preuve testimoniale, exclusions, automatisme des reproches, délais de l'enquête, audition séparée, formalisme et nullités, ceci est le fruit certain de cela. Leurs auteurs ont moins cherché à contrôler les témoignages qu'à impressionner avec vigueur l'esprit du déclarant pour l'amener à dire toute la vérité. Vue très incomplète. Il n'y a pas que la mauvaise foi à craindre.

Certains travaux récents de psychiatres et de criminalistes, basés sur des tests, des observations cliniques et des constatations judiciaires, ont montré que le témoignage imposait une tout autre critique. Citons en France les tests de Binet, en Allemagne les recherches expérimentales de W. Stern, O. Lipmann, Gross, en Suisse, le cours de Psychologie judiciaire de Claparède, que l'ouvrage désormais classique de M. Gorphe : « *La Critique du Témoignage* » a fait connaître à un large public (11).

Cette Ecole ne méconnaît pas que le jeu des passions (la haine, l'amitié, la jalousie, l'intérêt) influe à l'insu même du témoin sur sa déposition et que celle-ci, sous leur impulsion, tend à devenir beaucoup plus la traduction de la pensée de ce témoin que de ce qui s'est passé en réalité. Mais elle observe plus généralement que « pour les faits les plus simples, où aucune passion, aucun intérêt ne sauraient intervenir, il est impossible d'obtenir d'un observateur ordinaire une relation approximativement exacte et ne fourmillant pas d'erreurs. Ce n'est pas la vérité, mais la fausseté qui est la règle, fausseté d'autant plus dangereuse qu'elle est commise le plus souvent avec une parfaite bonne foi » (12).

Nous sommes loin de la confiance illimitée de Bentham, pour qui supprimer ou amoindrir le témoignage, c'était insulter à l'homme et faire injure au juge !

La nouvelle Ecole souligne notamment combien les causes d'erreurs sont variables : inventions de l'imagination qui brode sur le réel, hallucinations, confabulations de la mémoire qui bouche ses trous par des souvenirs fantaisistes, illusions qui altèrent à la fois la perception et les souvenirs, fausses interprétations dues à l'idée fixe, à l'émotion, à la passion dominante.

(11) F. Gorphe, *La critique du témoignage*. Thèse, Paris, 1925, 2^e édit., Dalloz, 1927.

(12) G. Le Bon, *L'Opinion*, 1908, N^o 2, p. 19.

L'analyse pénétrante de M. Gorphe a démonté cette machine délicate qu'est le témoignage et montré que sa valeur dépendait de trois facteurs : l'aptitude du sujet ou valeur du témoin, les propriétés de l'objet ou valeur du témoignage suivant son objet, le rapport du sujet à l'objet ou les conditions de formation du témoignage à ses différents stades de perception, de mémoire et de déposition (13).

Le témoin est un instrument de preuve vivant, intelligent et autonome, qu'il faut vérifier dans tous ses rouages : moraux, intellectuels, affectifs et psychiques. Sa moralité est une garantie de sincérité nécessaire, mais est-il indifférent de connaître sa capacité intellectuelle (ses dons de perception, de mémoire, de jugement si divers suivant l'âge, la culture et l'expérience) et ses dispositions affectives, ce « nœud de vipères » qui parfois enserre le cœur ?

Supposons le témoin capable, normal, sincère, impartial. Il a pu être victime d'une erreur dépendant de la mémorabilité du fait, de la propriété de l'objet à déclencher un bon témoignage (14). Le témoignage visuel est moins imparfait que le témoignage auditif où le sens des paroles est mieux retenu que leurs termes, mais n'est-il pas lui-même fonction de la distance, de l'éclairage, de l'angle de vision ? Que dire de la difficile évaluation du temps ?

Est-ce tout ? M. Gorphe a très bien noté encore l'influence des conditions de formation du témoignage (15). Il a signalé celle de l'étendue et de l'intensité de l'attention, le travail de la mémoire qui diminue la persistance des souvenirs et leur fidélité, le jeu des suggestions de toutes sortes, individuelles ou collectives, les déformations que produisent certaines formes d'interrogatoire.

(13) Gorphe, p. 117.

(14) Gorphe, p. 265.

(15) Gorphe, p. 335.

Le praticien pourrait être tenté de lever les bras au ciel devant la minutie de cette analyse. Elle est cependant d'une exactitude absolue. Il se peut que quelques traits seulement se décèlent dans une enquête ; tous sont susceptibles de s'y retrouver.

Dégageons vite les conséquences qu'une telle analyse impose : le problème du témoignage ne se réduit pas à un problème de moralité. C'est à une critique totale et libre de la déposition que le juge doit être convié par le législateur.

Le souci d'assurer à la preuve testimoniale son meilleur rendement commande donc de rechercher non seulement la sincérité, mais la fidélité du témoignage ; la procédure idéale devra tendre à ce que le témoin ne soit que la pellicule sensible qui accuse les traits exacts de la scène, dont il est le spectateur fortuit, puis à soumettre, sans déformation, cette pellicule au libre jugement du magistrat qui doit statuer. Ce n'est pas en l'emprisonnant dans un système préétabli d'exclusions, de reproches, de délais, de nullités qu'on permettra au juge la critique complète du témoignage. Concordance intertestimoniale, diagnostic du témoin à l'aide de l'interrogatoire, renseignements sur le témoin, éventuellement examen mental, toute cette technique générale de la critique testimoniale, le juge doit pouvoir l'utiliser en toute liberté.

Comment parler autrement de conviction intime du juge ? La vérité objective passe à travers la personnalité du témoin avant d'aboutir jusqu'au juge. Mais elle n'entre dans l'intelligence de ce magistrat qu'après s'être transformée en certitude morale. La certitude est essentiellement subjective : elle est personnelle à celui qui juge, elle implique son adhésion, par un acte de volonté libre, d'autonomie totale. La preuve, organisée suivant un mode réglé, détermine une vérité que l'individu ne peut pas saisir parce qu'elle est extérieure à lui ; cette vérité, obligatoire, imposée, ne peut aboutir à la certitude véritable car il lui manque les deux éléments essentiels : la conviction et l'adhésion. Il ne saurait y avoir de certitude là

où il n'y a pas de pensée libre, là où la conscience se voit dicter ses choix.

Le rendement de la preuve testimoniale dépend donc de la critique complète que le juge pourra faire librement du témoignage. Il est indéniable que le Code de Procédure Civile ne satisfait pas à ces exigences.

Si nous demandons l'assouplissement de notre système d'enquête en matière civile, ce n'est pas par conséquent en vertu d'une foi naïve dans la véracité des témoins, mais bien parce que nous connaissons mieux les causes variées qui les rendent faillibles.

Preuve imparfaite, disions-nous, mais preuve nécessaire.

Preuve fragile, ajouterons-nous et partant, preuve qui a besoin de s'éprouver dans un contrôle de raison.

Lorsque le droit civil a défini les limites de son admission, la procédure qui réglemente la réception de la preuve testimoniale ne doit plus avoir qu'un but : la recherche du vrai, qu'une règle : la liberté de l'appréciation critique du juge.

*
**

Puisque tel est le problème, quel sera l'objet de cette étude ?

D'abord rechercher dans le Code de Procédure Civile, comment est assurée cette fidélité nécessaire du témoignage. Ceci reviendra à analyser, en même temps que les qualités requises du témoin, comment se reçoit son témoignage : les formes mêmes de l'enquête.

Puis esquisser, à la lumière de certaines expériences étrangères et des nombreux projets de réforme proposés en France, quelles pourraient être les améliorations à apporter à notre système d'enquête en matière civile, pour faire du témoignage une photographie, sinon tout à fait exacte, du moins la moins inexacte possible des faits.

Ceci permet à la fois de délimiter notre sujet et de souligner le caractère modeste du travail entrepris. Nous n'avons d'autre ambition que d'apporter une contribution de Droit

positif aux nombreuses études qui, depuis 1806, n'ont cesse de critiquer l'archaïsme et les insuffisances de l'enquête civile, dans notre Droit, littérature aussi abondante qu'inefficace. L'action législative ne semble pas prête à accueillir une nouvelle conception de la preuve ; mais pourquoi ces chapitres de la procédure seraient-ils le seul domaine intangible de nos Codes ? Pourquoi seraient-ce les seuls où il serait permis de ne tenir aucun compte de l'épreuve de l'expérience, des progrès de la psychologie, des nécessités du rythme moderne, où au lieu de dégager une tradition, on s'enfermerait dans une routine ?

Que le lecteur ne cherche donc pas ici un traité complet de l'enquête civile. Nous avons tout centré : analyse, critique, vœux, sur un seul aspect de l'enquête : la fidélité du témoignage, aspect essentiel et primordial, il est vrai, puisque toutes les formalités de la réception des dépositions ne doivent tendre qu'à restituer au juge la physionomie vraie des faits.

Qu'il ne cherche pas davantage une étude de psychologie ou une étude historique. Nous ne pourrions espérer rien ajouter au travail magistral de M. Gorphe. Les données actuelles de la Science du Témoignage ne sont utilisées qu'en tant qu'elles imposent une réforme législative. A peine nous permettrons-nous quelques rapides incursions dans le passé, non pour le vain étalage d'une érudition bien superficielle, mais pour éclairer certaines exigences du Code de Procédure Civile. Certaines de ses institutions les plus critiquées ne sont-elles pas le legs, devenu anachronique, de l'Ancien Droit ?

Notre ambition se réduit ainsi à rechercher la meilleure procédure pour découvrir les cent mille figures du revers de la vérité, « cette vérité et ce mensonge qui ont, selon Montaigne, leurs visages conformes, le port, le goust et les allures pareilles » (16).

*
**

(16) *Essais*, Livre III, Ch. XI.

Avant de clore cette Introduction, nous avons l'agréable devoir d'adresser à notre maître, M. le Professeur Gombeaux, nos sentiments de respectueuse reconnaissance pour la constante bienveillance avec laquelle il n'a cessé d'encourager nos recherches et de diriger l'élaboration de notre travail. Nous prions aussi M. le Professeur Perreau, à qui nous devons de précieux conseils, de bien vouloir trouver ici l'expression de nos très vifs remerciements.

PREMIÈRE PARTIE

LE SYSTÈME ACTUEL DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE

Il peut sembler *a priori* qu'une étude positive du système, adopté par le Droit français pour garantir la fidélité du témoignage, devrait se limiter à une analyse des qualités exigées du témoin. C'est contre les vices et les imperfections de l'homme qui dépose, que le législateur doit chercher à prémunir le juge, pour lui procurer cette photographie exacte des faits dont nous avons parlé.

Il n'en est rien. La procédure, réaffirmons-le ici avant d'en apporter la démonstration, joue un grand rôle dans la manifestation de la vérité. Elle peut la paralyser ou la faciliter. On pourrait, parodiant le mot célèbre du baron Louis, dire : « Faites-moi une bonne procédure et je vous ferai une bonne justice ».

Ceci dicte donc une étude, en deux sections distinctes :

- des qualités requises du témoin.
 - des conditions de réception du témoignage.
-

SECTION I

LES QUALITÉS REQUISES DU TÉMOIN

Le premier effort d'une législation, soucieuse d'assurer à la preuve testimoniale son rendement le meilleur, doit porter sur la personne du témoin. Tant vaut l'homme, tant vaudra le témoignage. La psychologie la plus rudimentaire commande donc en premier lieu de préciser qui peut témoigner, si la perfection de la preuve exige plusieurs témoins, quels sont les indésirables à éliminer, quelles précautions requiert l'influence des passions susceptibles de voiler ou de dénaturer la vérité ; elle impose en outre de déterminer sans ambiguïté quels devoirs pèseront sur les personnes appelées à déposer et les peines qui sanctionneront leur violation.

Cette psychologie élémentaire correspond-elle aux données nouvelles acquises par la science du témoignage ? En esquisant à grands traits la personne du témoin, telle que notre Code la dessine, sous ces trois rubriques : — qui peut être témoin ? — Les exclusions : incapacités et reproches ; — Les obligations du témoin, — ne nous convaincrions-nous pas que la réglementation la plus scrupuleuse n'est pas nécessairement la plus parfaite ?

Signalons une particularité du Droit français : c'est le Code de Procédure qui régit la matière. Nombre de législations étrangères en parlent dans leur Code Civil. C'est logique ! La question de l'admissibilité d'un témoin n'est évidemment pas une question de formes. Cette notion se rattache en réalité au fond du droit. Seuls les rites extérieurs qui ont trait à la réalisation des droits en justice, c'est-à-dire les règles d'audition des témoins, devraient entrer dans le domaine de la procédure.

CHAPITRE PREMIER

QUI PEUT ETRE TEMOIN ?

La capacité est la règle, l'incapacité l'exception. En principe, tout le monde est libre d'attester les faits qui sont parvenus à sa connaissance personnelle. Un témoin même indirect demeure un témoin utile, en tout cas un témoin admis à déposer.

Le Code de Procédure Civile ne renferme plus l'exigence numérique que traduisait jadis la vieille maxime : « *Testis unus, testis nullus* ». Il n'élève aucun obstacle tiré de l'âge ou de l'état mental des témoins.

Le seul contrôle affirmé est celui de la libre appréciation du juge. Nous ne pouvons que nous en féliciter, mais nous regretterons que le législateur n'en ait pas déduit toutes les conséquences logiques.

*
**

§ 1^{er}. — LE PRINCIPE : TOUT LE MONDE PEUT TÉMOIGNER

Etre témoin, selon la définition classique, c'est attester la vérité d'un fait dont on a la connaissance personnelle. M. Gorphe ajoute très justement : « est témoin celui qui a eu la connaissance personnelle des faits à attester pour les avoir vus, entendus ou perçus par ses propres sens » (1).

(1) Gorphe, p. 21.

La condition première du témoignage est en effet que le témoin dépose de ce qui s'est passé en sa présence. Le témoin médiat, qui ne peut affirmer qu'un vague ouï-dire, n'est pas digne de ce nom. Il se peut que ce spectateur fortuit soit cet homme sensé dont parle St-Thomas : « Celui dont l'esprit est disposé comme une glace nette et unie où les choses s'impriment telles qu'elles sont, sans que les couleurs s'altèrent ou que les traits se courbent et se défigurent » (2), il n'y a cependant de témoin vrai que celui qui peut dire : « j'étais présent et j'ai vu ».

Le Droit Romain connaissait la distinction des témoins « *de visu* » et des témoins « *de auditu* ». La pratique distinguait encore les témoins « *de auditu proprio* » (c'est le témoignage direct auriculaire), « *de auditu partis* » (ce que nous appelons aujourd'hui le témoin indirect) et « *de auditu alieno* ». L'Ancien Droit a conservé la préférence pour « les témoins de science » sur les « témoins de crédence », pour ceux qui avaient eux-mêmes constaté les faits sur ceux qui en avaient simplement entendu parler.

Nul ne peut contester la supériorité de celui qui dépose : « *ex propriis sensibus* ». Il est par contre impossible de reconnaître une valeur sérieuse aux dépositions par ouï-dire qui sont à la base de la commune renommée. Ainsi que le proclame le Code Civil Néerlandais (art. 1944), « Des opinions ou suppositions particulières par voie d'induction ne sont pas des témoignages ». Le témoin de commune renommée rapporte des bruits, des rumeurs ; son témoignage, au lieu de porter sur le fait litigieux, porte sur l'opinion que le public a de ce fait. On conçoit que le législateur ait enfermé ce mode de preuve dans des limites étroites.

Tout autre est le témoin indirect ; il n'a pas vu le fait litigieux, il répète ce qu'il a entendu dire d'une personne

(2) St-Thomas, II, 2. Question II. A3.

déterminée. C'est un témoignage du second degré mais dans lequel le témoin affirme bien un fait dont il a eu la connaissance personnelle. « Son témoignage implique à la fois possibilité de contrôle et responsabilité propre » (3). Ce témoignage n'est pas dénué d'autorité ; il possède la valeur d'une présomption de fait : le juge tirera d'un fait connu (la déposition) une conclusion quant à un fait inconnu (le récit du tiers). La jurisprudence assimile à bon droit le témoignage indirect au témoignage direct, dès lors que les juges reconnaissent sa pertinence ; la loi s'en remet à leurs lumières et à leur prudence de ce qui est de nature à former leur conviction (4).

Cette conception mérite l'approbation. Que le psychologue accorde une foi différente à la déposition de celui qui a vu et à celle de celui qui a entendu ! Loysel n'écrivait-il pas déjà avec saveur : « Un œil a plus de crédit que deux oreilles » ? Qu'il marque sa défaveur pour le témoignage de seconde main parce que la vérité s'amenuise à mesure qu'elle s'éloigne de sa source réelle ! Qu'il écarte comme sans valeur la rumeur confuse de la commune renommée, qui n'offre aucune garantie dans son origine et dans sa circulation ! soit. La prudence du juge s'exercera précisément sur ces points et suivant les mêmes critères, mais il nous plaît que notre système d'enquête, par ailleurs si déficient, n'impose à cet égard aucune prohibition. La combinaison des perceptions directes et des récits contrôlés peut ouvrir aux magistrats la voie du vrai. L'essentiel est que la voie soit libre.

(3) Bartin sur Aubry et Rau, XII, § 476, note 36 Sexiès et § 761, note 14.

(4) Civ., 9 janvier 1929, *G. P.*, 1929.1.479 ; Req., 3 janvier 1893, S. 93. 1.337, note Labbé.

§ 2. — AUCUN OBSTACLE TIRÉ DE L'ÂGE, DU SEXE,
DE L'ÉTAT MENTAL

Les femmes, les mineurs, les étrangers, les aliénés ne sont pas des incapables. Leur capacité ressort *a contrario* de ce qu'aucun texte ne les exclut. Le libellé d'apparence restrictive de l'article 285 C. P. C., en ce qui concerne les mineurs n'est même pas constitutif d'une incapacité !

Il n'y a aucun rapport entre la capacité de témoigner en justice et celle d'être témoin dans les actes publics qui est refusée aux mineurs et aux étrangers (art. 37 C. Civil). La raison s'en perçoit aisément : il faut se garder, en bonne législation, d'écarter les personnes qui, ayant pu en fait voir ou entendre, sont susceptibles d'éclairer le juge. Pothier le soulignait déjà au XVIII^e siècle : « On peut produire des femmes aussi bien que des hommes, quoique les femmes ne puissent être témoins aux actes pour lesquels les témoins sont requis pour la solennité et la validité. Il y a choix en ce cas, la partie peut trouver des hommes ; on ne doit pas sans juste sujet faire sortir les femmes de leurs maisons, ni les faire se trouver avec des hommes. Au contraire, dans l'enquête, il n'est pas au pouvoir de la partie de se choisir des témoins ; elle ne peut assigner que les personnes qu'elle croit informées du fait » (5).

La loi Française a aboli toute distinction de sexe. Les femmes étaient incapables, à l'époque où fleurissait sur notre sol la coutume barbare du duel judiciaire, puisqu'elles ne pouvaient soutenir en champ clos la vérité de leurs affirmations. Une ordonnance de Charles VI du 15 novembre 1394 leur permit d'être témoins. Mais le témoignage d'une femme ne valait pas celui d'un homme ; une pratique curieuse voulait que les dépositions de trois femmes fussent exigées là où celles de

(5) Pothier, *Traité de la Procédure Civile*, p. 151.

deux hommes auraient suffi (6). Le droit actuel ignore ces sornettes. Libre au psychologue d'alléguer que la femme, si elle est prompte observatrice, est plus sensible à l'apparence de la vérité qu'à la réalité elle-même ! Cela ne ressort plus que de la libre appréciation du juge du fond.

La jeunesse n'est point une cause d'exclusion. « Pourront, dit l'article 285 C. P. C., les individus de moins de 15 ans révolus être entendus sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison ». D'où il suit que les mineurs de 21 ans, âgés de plus de quinze ans, sont pleinement capables et que les mineurs de 15 ans ne sont pas à proprement parler incapables, ni reprochables. Il suffit que l'intelligence de l'enfant soit assez ouverte pour observer et mesurer l'importance de ses déclarations. C'est le juge seul qui apprécie ce degré d'intelligence ; il a l'enfant sous la main et peut peser ses réponses. On admet en général qu'il faut appliquer ici par analogie l'art. 79 Code Instr. Crim. qui écarte la prestation de serment. L'audition sous serment ne serait d'ailleurs pas une cause de nullité (7). Le système paraît judicieux : le plus souvent, l'enfant ne pourrait saisir la valeur de l'engagement solennel qui lui serait demandé. D'aucuns, frappés de la très grande suggestibilité de l'enfance, de son inaptitude à distinguer la fiction du réel, de sa curiosité du jeu, proposent sa suppression radicale des enquêtes. C'est méconnaître l'obligation de recourir à tout témoignage qui se présente. Laissons faire la critique judiciaire du témoignage.

Soulignons seulement que l'article 285 C. P. C. ne pose pas une règle spéciale en recommandant d'avoir « tel égard que de raison » à la déposition du mineur. C'est dans tous les cas qu'il est vrai de dire que le tribunal a tel égard que de raison aux témoignages.

(6) Glasson, *Sources de la Procédure Civile*, p. 57.

(7) Crim., 25 février 1893, B. C. 1893, n° 55.

Une solution identique s'impose en particulier pour l'audition des aliénés. Il est surprenant que le Code de Procédure Civile ait recueilli dans l'Ancien Droit la théorie des reproches et ait omis cette règle traditionnelle qui écartait le témoignage des personnes suspectes à raison de leur état mental : furieux, déments, imbéciles, voire même ivrognes d'habitude. La règle était pourtant constante : à Rome, le furieux est tenu pour mort : « *furiosus absentis loco est* » (8). Le « *furiosus* » était l'aliéné dont l'état présente des intervalles lucides. *A fortiori*, en était-il ainsi de l'« *insanus* », du « *mente captus* », dont la folie était continue. Beaumanoir souligne l'obligation pour le juge de les écarter « Nus enfes sous aage, ne fous de nature, ne hors de sens ne doivent être trêt en tesmoignage ; tant fut-il ainsi que cil contre qui il sunt tret fut si nices qu'il ne les débastit point, ne les devrait pas li juges recevoir » (9). Boutilier de même : « Item forsenné ne peut faire ne porter tesmoignage, c'est à savoir tant que la maladie lui dure » (10). Le silence de notre législation est d'autant plus invraisemblable que le Code Civil a organisé l'interdiction et protégé les prodiges et les faibles d'esprit par la dation d'un conseil judiciaire.

Ne déplorons pas cet oubli. La solution, là encore, n'est pas dans une exclusion automatique et absolue, telle celle adoptée dans les Codes Espagnol, Portugais, Canadien, Néerlandais (11).

Il y a certes un problème. Comment ne pas tenir en une particulière suspicion le témoignage de l'individu dont l'intelligence est peu développée, déformée ou incohérente, alors que tout témoin même normal est susceptible de fournir des ren-

(8) Digeste, L. 50, t. 17, *De regulis juris antiqui*, 124, 1.

(9) *Coutumes du Beauvaisis*, Ch. des Preuves, 39, § 39.

(10) Boutilier, *Somme Rurale*, Titre CV.

(11) Art. 2150 du Code Civil Portugais, 1949 du Code Civil Néerlandais, 1245 du Code Civil Espagnol.

seignements inexacts, en raison d'une moindre acuité de ses perceptions ou de l'infidélité de sa mémoire ? Mais qu'entend-on par aliénés ? A côté des débiles mentaux, généralement incapables d'un témoignage utile, il y a toute la gamme des monomanes, des maniaques, des hystériques, des persécutés, des épileptiques, des intoxiqués.... Le plus difficile est de déterminer exactement le trouble et son influence sur la déposition.

Il ne paraît pas que les tribunaux civils aient eu à s'occuper de ces témoignages suspects. Ils ne seraient pas au surplus désarmés puisque la jurisprudence ne reconnaît pas un caractère limitatif à l'article 283 C. P. C. et a créé une série de reproches facultatifs.

Le Congrès des Médecins aliénistes réuni à Amiens en 1911, a émis le vœu « que soit frappé de suspicion le témoignage de tout individu présentant ou ayant présenté à quelque époque que ce soit des troubles d'esprit ».

Le professeur Garraud, dans son traité d'Instruction Criminelle et de Procédure Pénale (12), estime que : « la législation positive devrait écarter comme témoin assermenté tout individu dont le témoignage et les perceptions sont influencés par une maladie mentale et la faiblesse d'esprit ». Dans une thèse approfondie, consacrée à ce sujet (13), M. Paulus conclut en demandant l'addition au texte actuel de l'article 283 C. P. C. de la mention suivante : « Toute personne qui est ou a été aliénée ou a souffert d'une maladie mentale dûment reconnue ne pourra être entendue qu'à titre de simples renseignements ». Donc pas d'incapacité, suppression du serment. Cette addition s'imposerait au cas de maintien de l'article 283 C. P. C. ; nous verrons plus loin (14) comment elle

(12) Tome I, p. 545.

(13) Paulus, *Du témoignage suspect en raison de l'état mental du témoin*. Thèse, Paris, 1912-1913.

(14) II^e Partie, Chapitre III, § 1.

doit s'insérer dans une réforme plus générale de notre système de reproches. Retenons dès maintenant, en même temps que le silence du Code, l'intérêt du problème.

*
* *

§ 3. — AUCUNE EXIGENCE NUMÉRIQUE

S'il n'y a pas d'obstacles de principe pour être témoin, il n'y a pas davantage d'exigence de nombre. La maxime « *Testis unus, testis nullus* » qui, héritée du Droit romain, a dominé tout notre ancien droit, est sans valeur depuis 1806. Les juges forment librement leur conviction, ils peuvent tenir pour avéré un fait dont un seul témoin a déposé et considérer comme non établi un fait affirmé par un grand nombre de témoins. Pourquoi alors, se demandera-t-on, évoquons-nous le souvenir de cet adage ?... parce qu'il a caractérisé le système dit des preuves légales, qui a régi l'enquête sous la Monarchie française et a laissé des traces profondes dans le Code de Procédure Civile.

« Le système des preuves légales, selon Garsonnet et Cézar-Bru (15), consiste à rechercher la vérité par des procédés techniques et à la tenir pour démontrée par la réunion de circonstances dont le concours entraîne forcément la conviction du juge et en l'absence desquelles il doit se déclarer non convaincu ». Il s'oppose au système des preuves naturelles qui établit un fait par tous les moyens propres à démontrer son existence et laisse le juge entièrement libre de déclarer si sa conviction est formée.

La maxime « *Testis unus, testis nullus* », a constitué vraiment le pivot des preuves légales de l'Ancienne France. Quelle est son origine ? Nous la trouvons pour la première fois for-

(15) Garsonnet et Cézar-Bru, *Traité théorique et pratique de Procédure civile et commerciale*, Tome II, Paris, 1912 (3^e édition), n^o 241, p. 387.

mulée dans un édit de l'Empereur Constantin (16) : « *Sanximus ut unius testimonium nemo iudicum in quacumque causa facile patiatur. Et nunc manifeste sancimus ut unius omnino testis responsio non audiat, etiamsi proeclaræ curiæ proe-fulgeat* ». Cette opposition de mots « *sanximus* » et « *nunc manifeste sancimus* » semble prouver que jusqu'au rescrit, le juge pouvait se contenter d'un seul témoin, au moins dans des cas exceptionnels.

Cette pratique était-elle déjà usitée à l'époque classique ? Les textes cités d'Ulpien et de Paul ne sont pas d'une clarté absolue (17). Le premier fait allusion à des lois spéciales exigeant au pluriel des témoins dans les actes extrajudiciaires et décide que deux suffisent, sans poser un principe général sur le nombre des témoins requis en justice. Le second vise une espèce dans laquelle le seul témoin était le fils de l'affranchi d'une des parties ; ceci suffisait à justifier le rejet.

La maxime est-elle le fruit de l'influence chrétienne ? Cela semble vraisemblable. Ne lit-on pas dans l'Evangile de saint Jean (18) : « *In lege scriptum est quia duorum testimonium verum est* » ? et dans le Deutéronome : « *In ore duorum vel trium testium stabit omne verbum* » ? Toujours est-il que son application s'est maintenue dans les coutumes de la Gaule, puis dans les pays de Droit Ecrit. Elle s'est généralisée sous l'action grandissante du Droit Canonique. Ce fut un principe constant des officialités que, si les dépositions concordantes de deux témoins suffisaient à établir la preuve d'un fait, le témoignage d'un seul ne faisait pas preuve complète, à moins que ce témoin ne fût une personne assermentée chargée de constater une certaine classe de faits (19).

(16) Code, L. IV, t. 20, *de Testibus*, 9.

(17) Paul, Digeste, L. 48, t. 18, *De questionibus*, 20. — Ulpien, Digeste, L. 22, t. 5, *De testibus*, 12.

(18) St-Jean, VII.17. — Deutéronome, Ch. XIX, verset 15.

(19) Cf. : Fournier, *Des Officialités au Moyen âge*, p. 193.

Nous retrouvons la même règle affirmée par Loysel : « Voix de un, voix de nun », puis par Pothier (20) : « Le témoignage d'un seul témoin ne peut faire preuve, quelque digne de foi qu'il soit et en quelque dignité qu'il soit constitué, mais un témoin unique fait une semie preuve, laquelle étant soutenue du serment peut quelquefois dans des matières très légères compléter la preuve ». Mais la maxime n'était plus entendue dans le même sens et c'est par erreur que les canonistes ont cru emprunter aux juristes romains le système qui imposait au juge sa conviction. A Rome, même si l'on rejetait la déposition isolée, le juge n'en conservait pas moins sa liberté d'appréciation. Le Droit Romain n'a connu que le système de l'intime conviction : le juge appréciait la valeur intrinsèque de la déposition, puis la psychologie du sujet en recherchant ses antécédents, sa condition sociale, sa conduite, sa fortune. Il ne se prononçait qu'« *ex sententia animi sui* ». Écoutons les conseils d'Hadrien à Vibius Varus, lieutenant de la province de Cilicie (21) : « Tu peux mieux que personne savoir quelle foi il faut ajouter aux dépositions des témoins, quels ils sont, de quel rang, de quelle réputation et ceux qui semblent parler le plus ingénument ou ceux qui paraissent avoir prémédité leur déposition ». Cela exclut toute mesure légale de crédibilité.

Quoi de commun avec l'arbitraire instauré par le Droit Canonique, avec les valeurs fixes généralisées par lui dans l'Ancien Droit ? Deux témoins non suspects faisaient preuve entière quelque fut la conviction du juge. Deux dépositions contraires se neutralisaient. Deux témoins constituaient une sorte d'unité légale qui contrebalançait l'autorité d'un acte public. Quatre témoins avaient une autorité supérieure à celle de l'acte (22). Certains Parlements admettaient que des

(20) Pothier, *Traité des Obligations*, 783.

(21) Digeste, L. 22, t. 5, *De testibus*, 3, 1.

(22) Glasson, *op. cit.*, p. 55.

dépositions de valeur médiocre pouvaient valoir pour des fractions de témoignages afin d'arriver à deux dépositions entières (23). C'est en vertu des mêmes abus qu'il y eut un temps où la déposition d'une femme ne valait que le tiers ou la moitié de celle d'un homme ! ! !

On aperçoit l'interprétation maladroite et nuisible donnée au vieil adage romain. La vérité est indivisible ; une déclaration, sur un point précis, qui n'est pas entièrement vraie, ne l'est pas à demi, mais est entièrement fausse. Il est pénible de lire, sous la plume de Montesquieu (24) que : « la raison exige deux témoins parce qu'un témoin qui affirme et un accusé qui nie font un partage et qu'il faut un tiers pour le vider », comme si on pouvait mettre sur le même plan l'affirmation d'un témoin non suspect et la dénégation de la partie intéressée !

On est surpris de rencontrer encore cette prohibition dans l'article 2512 du Code Civil Portugais : « La déposition d'un seul et unique témoin qui n'est appuyée d'aucune autre preuve ne fait pas foi en justice, hors les cas où la loi décide expressément le contraire ». C'est une méfiance injustifiée, ce peut devenir un obstacle grave à la recherche de la vérité. Félicitons-nous que le législateur français ait abandonné cette voie des preuves légales, justement qualifiée par Bentham « l'art d'ignorer méthodiquement ce qui est connu de tout le monde ».

*
**

§ 4. — SEUL CONTROLE : LA LIBRE APPRÉCIATION DU JUGE

Depuis 1806, les témoignages ne se comptent plus, ils se pèsent. Ils ne s'additionnent plus, ils s'apprécient. Nous avons rejoint la vraie tradition romaine.

(23) Cf. : Rodier, *Questions sur l'ordonnance de Louis XIV du mois d'avril 1667 relatives aux usages des parlements*, t. XXIII.

(24) *Esprit des Lois*, L. 12, Ch. 3.

On peut caractériser le système de la libre appréciation du juge, en transposant pour les magistrats les prescriptions que l'article 342 du Code Instr. Crim. adresse aux jurés, en leur demandant de chercher dans la sincérité de leur conscience quelle impression ont faite sur leur raison les preuves rapportées : « La loi ne leur dit point « Vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel ou tel nombre de témoins », elle ne leur dit pas non plus : « Vous ne regarderez pas comme suffisamment établie toute preuve qui ne sera pas formée de telle pièce, de tel procès-verbal, de tant de témoins ou tant d'indices » ; elle ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leurs devoirs : « Avez-vous une intime conviction ? ».

Le jugement qui a ordonné l'enquête a déjà fait un premier tri des allégations des parties ; il n'a admis que la preuve des faits pertinents : ceux qui ont un rapport précis avec le litige et des faits concluants : ceux qui sont de telle nature qu'une fois justifiés, ils seront déterminants pour le jugement de la cause. Les articulations inutiles, invraisemblables ou impossibles à vérifier ont donc été écartées.

Dans ce cadre, le juge pèsera d'abord la valeur propre de chaque témoignage ; pour savoir quelle dose de vérité il contient, il fera la critique de la moralité, de la capacité intellectuelle, de l'âge, de l'éducation, des sympathies ou antipathies du témoin, il contrôlera la source de ses informations, la perception plus ou moins directe des faits rapportés, leur éloignement, il tiendra compte de l'attitude du déclarant durant sa déposition : ton, réticences, hésitation, trouble, animosité.

Il combinera ensuite les dépositions entre elles et les confrontera avec les éléments certains du débat ; la concordance des témoignages lui procurera une garantie plus grande. Leurs contradictions mêmes pourront se concilier, si elles ne portent que sur des détails. Si les affirmations sont inconciliables, la critique interne et externe du témoignage devra révéler de quel côté est le mensonge.

Cette appréciation ne relève que de la conscience du juge. Il peut écarter un témoignage sans avoir la preuve absolue de sa fausseté. Il n'est jamais lié par les dépositions des témoins, si nombreux soient-ils ; à l'inverse un témoignage unique suffit à le déterminer. La règle : « l'interlocutoire ne lie pas le juge » exprime la même liberté : elle signifie qu'en ordonnant la preuve de certains faits, le tribunal ne s'engage pas par cela même à tirer exclusivement sa sentence finale du résultat de l'enquête. Tout ce contrôle du juge du fait échappe à la censure de la Cour de Cassation.

La liberté de l'appréciation des témoignages se trouve renforcée par le jeu des présomptions : en disposant que, dans les cas où la preuve testimoniale est admissible, les présomptions sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat, l'article 1353 du Code Civil agrandit le champ du pouvoir discrétionnaire des tribunaux. Nous en avons vu une application pour l'audition des témoins indirects ; il en est d'autres : une enquête nulle de forme (25), une enquête administrative (26), l'instruction suivie dans une procédure pénale (27) pourront servir de base à la décision du juge. Les juges du fond seront libres de décider que les déclarations recueillies, dès après un accident, dans un procès-verbal de gendarmerie versé aux débats, présentent plus de garanties, de précision et de spontanéité que les dépositions faites par les mêmes témoins dans une enquête ultérieure (28).

Il n'y a rien à dire contre le contrôle souverain des juges du fond. Le principe est le seul fondé en raison ; la certitude morale ne va pas sans liberté. La sincérité et nous ajouterons, la fidélité du témoignage sont trop délicates à déceler pour être

(25) Civ., 26 juin 1889, S. 91.1.301.

(26) Req., 2 avril 1879, D. 80.1.320.

(27) Civ., 18 octobre 1933, G. P. 1933.2.933.

(28) Req., 2 janvier 1940, G. P. 1940.2.179.

découvertes autrement que par un libre examen psychologique. Le seul grief à opposer dans l'espèce est que le législateur n'a pas déduit toutes les exigences que ce principe excellent imposait. Pourquoi écarter tant de témoins qui peuvent être utiles, au moyen des incapacités et par l'automatisme des reproches ? Pourquoi ne pas procurer au magistrat qui bénéficie d'un si large crédit, mais supporte aussi une si lourde responsabilité, le contact direct du témoin ? Pourquoi, au lieu de l'enfermer dans un formalisme vétuste, ne pas lui permettre d'utiliser le mode souple de la confrontation ?

Nous nous efforcerons dans nos vœux de rester fidèles à ces exigences.

CHAPITRE II

EXCLUSIONS : INCAPACITES ET REPROCHES

Si la capacité de témoigner est la règle et l'incapacité l'exception, il faut se hâter d'ajouter que les exceptions sont nombreuses. Elles concernent trois catégories de personnes :

- 1°) les personnes indignes ;
- 2°) les personnes incapables ;
- 3°) les personnes reprochables.

Nous analyserons chacune de ces catégories, en nous attardant davantage sur celle des reproches qui a reçu dans la pratique un large développement et suscité une abondante jurisprudence. Nous examinerons leurs causes, leurs modes de proposition, leur jugement. Mais il semble difficile d'expliquer la présence dans le Code de Procédure Civile de cette théorie anachronique des reproches et de justifier sa critique, sans jeter au préalable un bref regard sur le passé.

*
* *

§ 1^{er}. — HISTORIQUE

La théorie des reproches constitue un legs certain de l'Ordonnance de Louis XIV d'avril 1667. Elle s'est développée dans l'Ancien Droit, sous l'influence surtout du Droit Canonique, de pair avec le système des preuves légales ; elle est son

complément naturel. Elle était logique à une époque où le rite plutôt que l'élément intellectuel déterminait le succès du droit ; par contre, elle ne se conçoit plus sous notre régime d'intime conviction.

Rome n'a pas connu les reproches. Aucun texte n'en donne l'énumération. Il existait des incapacités nombreuses : les impubères, les esclaves (sauf s'il n'y avait pas d'autres moyens de preuve possibles), les citoyens frappés d'infamie, condamnés pour adultère, concussion, vol des deniers de l'Etat, ou soumis à une accusation publique, plus tard sous Justinien, les manichéens et païens étaient « intestabiles ». Les parents ne pouvaient déposer pour leurs enfants et réciproquement, les affranchis pour leurs anciens maîtres, les garants ou codébiteurs pour la partie.

Mais il n'y a aucune trace d'un système de reproches qui permit de s'opposer à la déposition d'une personne par cela seul qu'on aurait quelque motif de douter de sa véracité. Non pas que les défenseurs aient été privés de la faculté naturelle d'élever des griefs contre les témoins. Ceux-ci seulement étaient laissés à l'appréciation du juge, qui décidait ce qu'il convenait de retenir des témoignages. C'est le sens indéniable du passage bien connu du Digeste : « *Testium fides diligenter examinanda est* ». Le juge doit rechercher quelle est la condition de chacun, « s'il est décurion ou plébéien, s'il mène une vie honnête et exempte de fautes ou s'il est noté d'infamie, s'il est riche ou pauvre et par suite, enclin à croire facilement tout ce qu'on lui dira pour de l'argent, s'il est ennemi de celui contre qui il témoigne ou ami de celui qui invoque son témoignage » (1).

La première distinction nette entre les incapacités et les reproches se trouve dans Beaumanoir ; il oppose le cas où le juge ne doit pas recevoir le témoin alors même que la partie ne le reproche pas et celui où les témoins ne peuvent déposer

(1) Digeste, L. XXII, t. 5, *De testibus*, 3, pr.

si l'adversaire les « débat » (2). A côté des incapacités qui frappent les femmes, les serfs et bâtards dans les cas où il pouvait y avoir gages de bataille, les « fous de nature », les lépreux qui sont « hors de la loy mondaine », les mineurs de quinze ans, les juifs et excommuniés, les condamnés pour crimes ou faux témoignage : « Un homme jugé ne peut juger autrui » (3), il relève comme motifs de reproches, l'intérêt commun avec la partie : « si elles étaient à son pain, à son pot ou en sa main bournie ou en son bail ou en sa garde » (4) ; le fait d'avoir proféré des menaces ou d'être l'ennemi déclaré de la partie adverse : « tels qui ne parlent pas l'un l'autre » ; l'intérêt personnel : « Nul n'est reçu en sa propre querelle »...

Nous rencontrons les mêmes motifs d'exclusion en Droit Canonique. Sont incapables d'une manière absolue les serfs, à moins qu'il n'y ait pas d'autres possibilités de preuve et sauf après affranchissement, les insensés, les « *pauperes personae* » soupçonnées de vendre leurs dépositions à prix d'argent, les excommuniés, les individus coupables de crimes qu'ils en aient été convaincus par une condamnation définitive ou que l'allégation en soit soulevée lors de l'enquête sous forme d'exception. Les liens de parenté en ligne directe, de domesticité, voire de vassalité entraînent de même une incapacité relative. Il est encore admis que nul ne peut être témoin dans sa propre cause et que l'ennemi juré de la partie contre laquelle se fait l'enquête n'est pas un témoin idoine (5).

C'est au moment de la prestation de serment, à laquelle elles sont conviées, que les parties font valoir leurs motifs d'exclusion ; elles ne pourront combattre plus tard l'admis-

(2) *Coutumes du Beauvaisis*, Ch. 39, §§ 39 et 34.

(3) *Coutumes du Beauvaisis*, § 42.

(4) *Coutumes du Beauvaisis*, § 34.

(5) Fournier, *op. cit.*, p. 185.

sion des témoins que si elles s'en réservent le droit par une protestation formelle, à moins qu'il ne s'agisse de faits nouveaux. La « publicatio » du procès-verbal de l'enquête, c'est-à-dire la lecture à haute voix qu'un clerc en fait aux parties de nouveau convoquées, marque le terme de la discussion sur la personne des témoins.

On aperçoit l'importance de ces exclusions dans une législation où l'appréciation du juge était réglée, où deux témoins étaient nécessaires pour faire preuve entière, où en cas de désaccord, il devait préférer le plus âgé, le plus élevé en dignité... (6) où commençait à se faire jour la notion de semi-preuve (un seul témoignage pouvait parfois valoir, complété par un serment). Exclusions, reproches, preuves légales, tout cela se tient.

L'esprit des dispositions du Droit Canonique est passé dans les ordonnances royales et avec le triomphe progressif de la monarchie capétienne dans la pratique des tribunaux séculiers de l'Ancien Régime. La théorie des reproches se développe simultanément mais de façon fort diverse suivant les Parlements. Certains d'entre eux consacraient des usages curieux qu'on serait tenté de taxer de haute fantaisie s'ils n'avaient précisément pour fin d'introduire l'arithmétique dans le domaine exclusif de la psychologie.

Voltaire a écrit du Parlement de Toulouse : « On admet ailleurs des demi-preuves qui au fond ne sont que des doutes car on sait qu'il n'y a pas de demi-vérités. Mais à Toulouse, on admet des quarts et des huitièmes de preuves. On y peut regarder par exemple un ouï-dire comme un quart, un autre ouï-dire plus vague comme un huitième, de sorte que huit rumeurs qui ne sont qu'un écho d'un bruit mal fondé peuvent devenir une preuve complète » (7).

(6) Fournier, p. 193.

(7) Œuvres complètes, éd. Garnier, t. XXV. *Mélanges*, IV, 1879. *Commentaires sur le livre des Délits et des Peines*, ch. 22, p. 576.

Ce parlement en effet admettait les reproches soit pour le témoignage tout entier, soit pour une fraction. Suivant le degré de partialité qu'impliquait la qualité reprochée au témoin, il diminuait ce témoignage d' $1/8$, $1/4$, $1/2$ ou des $3/4$. Un arrêt de règlement, donné aux Grands Jours de Nîmes le 31 octobre 1541, pour « la rédaction et la réformation du style des auditoires » du sénéchal de Beaucaire et d'autres juges subalternes, porte dans son article 9 : « Item et où il y aurait enquête sur le principal et les parties bailleraient reproches contre les témoins, seront ceux reprochés préalablement vus et jugés s'ils sont bons, douteux et insuffisants et sur un chacun article mettront les bona, dubia et non bona » (8). À côté du nom du témoin peut donc figurer toute une gamme de notes : « *bona objectio* » si le reproche est fondé, « *non bona* » s'il est rejeté, « *notetur* » s'il est admis pour un quart, « *dubia* » pour une moitié, « *dubia et notetur* » pour trois quarts, etc... Le résultat ? Si sur quatre témoins, trois étaient reprochés chacun pour trois quarts, il n'y avait pas preuve entière car on n'obtenait qu'un témoignage trois quarts. Cette détermination mathématique de la foi qui, dans telle ou telle situation, devait être accordée aux dépositions, constituait une aggravation du système des preuves légales. Le principal inconvénient était d'augmenter le nombre des cas de reproches, car une circonstance qui n'aurait pas suffi pour faire rejeter un témoignage suffisait pour le faire réduire d'un quart.

Selon Rodier (9), certains praticiens distinguaient les reproches des objets. Le terme « reproche » s'appliquait aux moyens de rejet tirés de quelque fait touchant à la réputation du témoin; celui d'« objet » aux moyens tirés de faits rendant le témoin suspect sans cependant entacher son honneur. En

(8) Cf.: Fons, *Recueil Académie Législation Toulouse*, 1861, p. 253.

(9) Voir *op. cit.*, t. XXIII.

réalité, la distinction est sans portée, les deux termes étaient synonymes.

L'ordonnance de 1667 ne parle que des reproches, dont il consacre ainsi le principe dans l'article 1^{er} de son titre 23 : « Les reproches contre les témoins seront circonstanciés et pertinents et non en termes vagues et généraux, autrement seront rejetés ». Nulle part n'est indiqué un seul des motifs d'admissibilité. Nous sommes obligés de nous référer à la Doctrine. Rodier rapporte 17 cas généralement admis. Les commentaires de Pothier, de Jousse (10) comportent une énumération bien moindre, mais qui est l'exacte préfiguration du Code de Procédure Civile. Qu'y voyons-nous figurer ? les parents ou alliés sauf s'il s'agit de vérifier un fait qui s'est passé dans le secret des familles et toutes les fois qu'il y a lieu d'établir l'âge, l'état, le décès, la parenté et que les registres d'état-civil sont disparus... ; les impubères sauf pour le juge à y avoir tel égard qu'il jugera à propos... ; les infâmes : emprisonnés, mis en décret, condamnés ou repris de justice, mais ce reproche doit être justifié par écrit, par la production des sentences de condamnation, des décrets ou écrous d'emprisonnement ; sinon il est réputé calomnieux et puni à l'arbitrage du juge... ; les serviteurs ou domestiques... Citons en outre le motif d'intérêt personnel qui fait écarter les avocats ou procureurs vis-à-vis de leurs clients, les tuteurs et curateurs vis-à-vis de leurs pupilles, celui tiré de l'inimitié qui naît d'un procès considérable déjà intenté entre la partie et le témoin, le fait de s'être assuré par écrit de la déposition..., bref ce que nous rencontrerons dans l'article 283 C. P. C., et ce que la Jurisprudence lui a ajouté.

Que de similitude encore dans l'articulation et le jugement des reproches ! Nécessité de justifier le reproche par écrit dès lors que le témoignage est connu, « obligation d'opiner sur les

(10) Pothier, *Traité de la Procédure civile*, p. 149. — Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile d'avril 1667*, t. 2, p. 100.

reproches avant que d'opiner sur le fond », interdiction de lire la déposition si le grief est admis, ce sera la même procédure, ce seront les mêmes conséquences qui seront retenues en 1806 ! Un autre rapprochement s'impose : celui du futur article 268 du C. P. C. et de l'article 11 du titre 22 de l'ordonnance, qui ne permet pas seulement le reproche, mais prononce l'exclusion des « parents et alliés jusqu'aux enfants des cousins issus de germains ».

La référence certes ! était de qualité, mais pourquoi ce plagiat complet ? Il ne s'explique pas dans une législation où le juge, cessant de compter les témoignages, apprécie librement leur valeur et tient compte de toutes les circonstances, susceptibles d'affaiblir leur force et leur portée. Nous verrons quelles sévères condamnations notre système de reproches a encourues de la critique moderne du témoignage. Soulignons ici son anachronisme ; c'est le vestige incohérent d'un passé dont les autres institutions ont sombré. On a maintenu la soustraction, on a supprimé l'addition ! Que ne s'est-on inspiré du jugement de Voltaire : « Je pencherais volontiers à croire que tout homme, quel qu'il soit, peut être reçu à témoigner. L'imbécillité, la parenté, la domesticité, l'infamie même n'empêchent pas qu'on ait pu bien voir et bien entendre. C'est au juge à peser la valeur du témoignage et des reproches qu'on doit lui opposer » ?

*
**

§ 2. — L'INDIGNITÉ

L'indignité est souvent présentée comme une incapacité absolue, entendez une inaptitude à déposer en justice dans n'importe quel procès et ceci par opposition à l'incapacité née de la parenté qui est dite relative, c'est-à-dire limitée à une affaire déterminée. Or il se trouve que l'indigne n'est pas à proprement parler un incapable ; il ne peut prêter serment

et déposer selon les formes de l'enquête, mais il est entendu à titre de simples renseignements. Bref, l'incapacité relative est plus rigoureuse que la prétendue incapacité absolue car elle entraîne le refus de toute audition du témoin, même à titre de renseignements. En réalité, on doit caractériser ainsi le sort fait respectivement aux personnes indignes, incapables ou reprochables : l'incapacité emporte l'exclusion du témoin, le reproche au moins en matière ordinaire le rejet de la déposition, l'indignité la dispense de serment.

L'indignité est une conséquence de certaines condamnations pénales : celles qui comportent la dégradation civique. Celle-ci consiste en effet, selon le § 3 de l'article 34 du Code Pénal... « dans l'incapacité de déposer en justice autrement que pour y donner de simples renseignements ». Quand cette sanction joue-t-elle ? La dégradation civique est soit une peine principale d'ordre politique (11), soit plus souvent l'accessoire de toutes les peines criminelles : peines perpétuelles (loi du 31 mai 1854 : art. 2) travaux forcés à temps, détention, réclusion ou bannissement (art. 28 C. Pénal). On aperçoit l'erreur commise dans le dernier alinéa de l'article 283 C. P. C. quand il déclare seulement reprochables les témoins frappés d'une condamnation afflictive ou infamante.

L'indignité peut résulter aussi de certaines condamnations correctionnelles de l'article 42 § 8 du Code Pénal. Lorsque la loi l'autorise par une disposition particulière, les tribunaux jugeant correctionnellement peuvent interdire l'exercice des droits civils, civiques et de famille ; notamment « du témoignage en justice autrement que pour y faire de simples déclarations ». Cette faculté leur est reconnue par le Code Pénal en matière de faux-témoignage (art. 362), de vols (art. 388 et 401), d'escroqueries (art. 405), d'abus de confiance (art. 406 et suivants), de jeux de hasard (art. 410), etc... L'interdiction

(11) Cf.: art. 111, 114, 127, 130 du Code pénal.

en ce cas est facultative et temporaire, à l'opposé de la dégradation civique qui est par nature obligatoire et perpétuelle.

La réhabilitation, en effaçant la condamnation, efface par là-même l'inaptitude à témoigner.

Nous ne pouvons approuver cette conception de l'indignité, surtout aggravée par l'article 283 C. P. C. Celui-ci permet de reprocher avec les témoins en état d'accusation et ceux condamnés à une peine correctionnelle pour vol, ceux condamnés à une peine afflictive ou infamante, autrement dit d'empêcher même la lecture des simples renseignements fournis par l'indigne. Sans doute, nous pensons, comme d'Aguesseau, que : « la justice qui demande l'éclaircissement de la vérité le demande par la bouche de gens qui ne sont pas flétris », mais pourquoi toujours conclure de la suspicion à l'exclusion ? Chauveau et Hélie répondent fort pertinemment (12) : « Plus le témoignage est suspect, moins il est dangereux ; il suffit que les juges connaissent la moralité et la circonstance qui le rend moins digne de foi pour qu'il ne soit pas à craindre qu'il obtienne trop confiance ».

L'honnêteté d'ailleurs est souvent divisible ; elle diffère beaucoup selon le genre de criminalité. On peut être vicieux quand il s'agit de soi et ne pas l'être quand il s'agit des autres ; tel criminel mentira pour échapper à des poursuites pénales, mais dans une affaire civile à laquelle il est étranger, qui l'empêchera de narrer d'une manière exacte des faits pour lui indifférents ? Le repentir enfin peut être venu.

Il est surtout absurde d'ériger en peine la suppression d'un devoir. C'est nuire à la justice qui a besoin de la vérité. La capacité de témoigner n'est pas un bénéfice pour le témoin mais pour ceux qui ont besoin de son témoignage et pour la société. Ce n'est donc pas le coupable qu'on punit, c'est la personne lésée dans ses droits qui se voit privée peut-être de la

(12) Théorie du Code pénal Belge, t. II, n° 188.

seule attestation possible pour assurer le triomphe de sa cause. Il suffit que la qualité suspecte soit constatée pour que la déposition puisse être pesée.

Si l'on fait abstraction du jeu de l'article 283 C. P. C., il faut noter que les renseignements fournis par l'indigne pourront constituer pour le Tribunal des présomptions suffisantes pour former sa conviction. Notre organisation de l'indignité n'a alors d'autre résultat que de permettre aux condamnés qu'elle veut atteindre, de mentir avec plus de facilité ; ils ne s'exposent pas aux peines du faux-témoignage puisqu'ils n'ont pas prêté serment.

*
* *

§ 3. — L'INCAPACITÉ

Sont déclarés incapables par l'article 268 du C. P. C. les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties ou son conjoint même divorcé.

La loi a redouté que les dépositions de ces proches fussent viciées par une grande affection, si ce n'est par la haine. On se souvient du vieil adage : « *Affinitas est apud concordēs excitamentum caritatis, apud iratos irritamentum odiorum* ». Le commentaire du tribun Périn, lors de la discussion du projet du Code, demeure juste malgré l'emphase : « La nature ne connaît point de liens plus forts que ceux qui existent du père aux enfants, la corruption ne connaît point d'ingratitude plus criminelle que celle qu'elle élève entre eux. Il ne faut pas que leurs dépositions, quoique rejetées, puissent devenir un monument de parjure, il ne faut pas qu'un témoin puisse être froissé entre les devoirs de sa conscience et des affections aussi impérieuses ».

Cette incapacité s'entend de la parenté adoptive et de la parenté naturelle légalement établie comme de la parenté légitime. Le vice de la naissance d'un enfant, adultérin

ou incestueux, pourvu que la preuve en ait été rapportée d'une manière licite, n'empêche pas la création d'un lien, constitutif d'une incapacité de témoigner (13).

L'article 268 impose l'exclusion totale du témoin ; il implique la défense d'assigner. Si l'assignation néanmoins a été lancée, le juge doit de lui-même écarter toute audition. La Cour de Cassation estime que cette incapacité est d'ordre public et peut être invoquée pour la première fois devant elle (14) ; il serait donc vain pour les parties de tenter de couvrir cette nullité, en laissant l'incapable déposer sans protester.

S'il y a contestation sur l'incapacité, le juge-commissaire renvoie au tribunal le jugement de cette contestation et reçoit la déposition du témoin contesté sous toutes réserves (15).

L'article 245 du Code Civil apporte une exception à cette prohibition, en matière de divorce et de séparation de corps. Il autorise l'audition des parents en ligne directe sauf les descendants. On a considéré, à juste titre, qu'il fallait faciliter la preuve des faits litigieux qui, s'étant passés dans l'intimité du foyer, n'auraient le plus souvent pour témoins que les proches, mais que la décence commandait de ne pas mêler les enfants aux querelles de leur père et de leur mère. La jurisprudence étend cette dernière interdiction aux enfants issus du premier mariage de l'un des conjoints (16) et aux conjoints des descendants : gendre ou bru (17) ; les motifs de respect et de déférence sont les mêmes.

Par cette brèche, s'est introduite en notre Droit la notion du « témoin nécessaire » qui a de si solides fondements en

(13) Cass., 6 avril 1809, Répertoire Fuzier, V° *Enquête*, n° 756.

(14) Civ., 26 juillet 1910, S. 1911.1.15.

(15) Req., 13 décembre 1871, S. 71.1.220.

(16) Dijon, 27 mars 1879, S. 79.2.68.

(17) Caen, 4 mai 1910, S. 11.2.42.

psychologie. On peut parodier les « Plaideurs » : « Les témoins sont fort rares et n'en a pas qui veut ». On n'a pas non plus qui on veut ; le témoin est le spectateur fortuit d'un fait, il n'est pas le résultat d'un choix. Cette théorie, très développée dans le Code de Procédure Civile Allemand, procure un correctif utile à l'exclusion des parents immédiats, qui est sans aucun doute la plus justifiée de toutes celles instituées par notre législation. Il y a là une question de convenance, de morale même. Mais, si l'on redoute d'imposer à ces proches un débat trop rude entre leur affection et leur conscience, le remède n'est-il pas davantage dans une dispense dont sera juge le parent que dans un rejet automatique ? Voici encore un problème à résoudre ultérieurement.

*
**

§ 4. — LES REPROCHES

On appelle reproche « l'allégation précise et circonstanciée d'un fait de nature à rendre suspecte la déposition d'un témoin » (18). Nous préférons à cette définition usuelle celle, plus compréhensive, donnée par M. Japiot (19) : « le reproche est le moyen légal présenté par une partie pour éviter que la déposition du témoin, qui, n'étant pas incapable, ni indigne, a régulièrement été assigné et doit être entendu, puisse être prise en considération comme élément de preuve par le tribunal ».

Nous avons dit l'anachronisme de cette théorie, en montrant son origine. Nous verrons qu'elle fait l'objet de critiques unanimes et que tous les projets de réforme envisagent sa sup-

(18) *Traité de Garsonnet et Cézard-Bru*, II, p. 534.

(19) *Traité élémentaire de Procédure civile et commerciale*, p. 488.

pression. Analysons ici son mécanisme qui a été développé par une jurisprudence considérable.

A) *Causes de reproches.*

Elles sont nombreuses. L'article 283 du C. P. C. dresse une énumération déjà longue qu'allonge encore, en l'aggravant, la pratique des Cours et Tribunaux. Nous distinguerons ainsi les reproches obligatoires de l'article 283 et les reproches facultatifs soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond.

1°) **Reproches obligatoires :** Ces reproches se rattachent aux causes suivantes : la parenté ou l'alliance en ligne collatérale, la présomption de partialité résultant de la qualité d'héritier présomptif ou de donataire, du fait d'avoir bu ou mangé avec la partie et à ses frais depuis le jugement qui a ordonné l'enquête, d'avoir donné des certificats relatifs aux faits du procès ou de compter au nombre des serviteurs ou domestiques de la partie, l'indignité enfin qui naît de l'état d'accusation ou de certaines condamnations.

PARENTÉ OU ALLIANCE.

L'article 283 permet de reprocher « les parents ou alliés de l'une ou de l'autre des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement ; les parents et alliés des conjoints au degré ci-dessus, si le conjoint est vivant, ou si la partie ou le témoin en a des enfants vivants ; en cas que le conjoint soit décédé et qu'il n'eût pas laissé de descendants, pourront être reprochés les parents ou alliés en ligne directe, les frères, beaux-frères, sœurs et belles-sœurs ».

Relevons d'abord un oubli du législateur ; les parents ou alliés en ligne directe sont incapables de déposer et non pas seulement reprochables. Le reproche ne vise en réalité que les parents ou alliés en ligne collatérale. Il n'est évidemment

pas opposable dans les cas exceptionnels où la parenté en ligne directe n'est pas elle-même une cause d'incapacité.

Le champ d'application de ce texte est fort vaste. Il s'applique, dans la limite où les liens civils produisent leurs effets, à la parenté naturelle et à la parenté adoptive. La parenté naturelle ne s'étend pas, en ligne collatérale, au-delà du degré de frère ou sœur ; il n'y a donc de « reprochabilité » qu'entre frères et sœurs naturels. Les effets de l'adoption ne s'étendent pas à la parenté collatérale de l'adopté, pas plus qu'à celle de l'adoptant ; elle ne crée de lien qu'entre l'adoptant et l'adopté. C'est un motif d'incapacité et non de reproche. Mais dans la parenté légitime que d'extension ! On est allé jusqu'à reprocher le cousin germain de la grand'mère d'une partie, comme étant le cousin issu de germain de cette partie ! (20). Il n'y a pas d'alliance entre les maris de deux sœurs ; en dépit de l'adage : « *affinitas non parit affinitatem* », l'article 283 permet le reproche contre les alliés du conjoint ! L'obligation alimentaire disparaît entre alliés, quand l'époux qui a créé l'affinité meurt sans postérité ; dans l'enquête, la vieille règle « morte ma fille, mort mon gendre » n'est plus vraie, les parents et alliés en ligne directe du conjoint, décédé sans enfants, ne peuvent témoigner !

Le témoin est reprochable, non seulement lorsqu'il est parent ou allié de la partie qui l'a cité, mais même lorsqu'il l'est de la partie contre laquelle il est cité ; celle-ci peut dès lors le reprocher. La faculté de reprocher appartient à la partie qui est parente ou alliée ainsi qu'à son adversaire (21). Une partie peut-elle reprocher ses propres témoins ? Non, si en les assignant, elle connaissait les causes de reproches à faire valoir contre eux ; oui, si cette connaissance ou ces causes sont postérieures à l'assignation.

(20) Metz, 7 janvier 1857, S. 57.2.326.

(21) Paris, 22 février 1862, D. 62.5.317.

« *Quid* » du témoin parent ou allié des deux parties ? Contre le reproche on a invoqué le texte de l'article 283 « parents de l'une ou de l'autre ». Cette interprétation ne tient pas ; étant parent de l'une et de l'autre, il peut être reproché indifféremment par l'une ou par l'autre (22). Le motif de méfiance réside dans les haines ou sympathies excessives que peut faire naître la parenté. La citation d'un tel témoin prouve au moins de l'amitié pour un des plaideurs, de l'indifférence pour l'autre. En admettant que l'article 283 ne s'applique pas en cette hypothèse, encore faudrait-il que la parenté ne soit pas à un degré différent, sans quoi la présomption de partialité subsisterait ! (23).

La jurisprudence a trouvé bien d'autres applications au reproche tiré de la parenté. Le débiteur, du chef de qui l'action est intentée par le créancier, est partie au procès et ses parents ou alliés sont de ce fait reprochables (24). Dans un procès où le syndic représente le failli, on ne peut entendre la femme du failli (25). En est-il de même des parents des créanciers de la faillite ? La question a été résolue diversement. Et les parents des habitants d'une commune ? La réponse est en général négative ; une commune est un être moral, qui a des droits propres, distincts de ceux de ses habitants et qui n'est représentée que par son mandataire légal : le maire. Cette personne civile est seule partie au procès (26). La solution est identique si les habitants plaident « *ut singuli* » au lieu de plaider « *ut universi* », quand ils sont assez nombreux pour former une sorte de communauté ! Il en va différemment si le gain du procès leur assure un avantage

(22) Paris, 9 juillet 1890, *G. P.* 90.2.461.

(23) Angers, 12 décembre 1883, *S.* 83.2.108.

(24) Toulouse, 13 février 1864, *S.* 64.2.92.

(25) Civ., 23 mai 1916, *S.* 16.1.56. — Bruxelles, 18 février 1842, Répertoire Dalloz, V^o *Enquête*, n^o 471.

(26) Voir : références citées au Répertoire Fuzier, V^o *Enquête*, n^o 783.

individuel ; le reproche alors doit les frapper avec leurs parents et leurs domestiques (27). Dans le cas d'appel en garantie, les parents de l'appelé sont reprochables lorsqu'il a été statué sur le bien-fondé du recours avant l'enquête ; autrement il suffirait d'appeler en cause un tiers, pour écarter les dépositions que l'on redoute (28).

Il est aisé de mesurer maintenant combien cette classe de témoins est formidable ! Une pareille suspicion poussée si loin, étonne ! Elle cadre si mal avec l'individualisme contemporain qui a distendu les liens de famille. Une fois franchi le cercle restreint de la ligne directe, c'est trop souvent l'indifférence qui règne. Si la cordialité se substitue à la politesse, cela vient d'une communauté de sentiments dans laquelle la parenté a peu à voir. Un cousin est un témoin si dangereux qu'il faut écarter ses constatations ! C'est arbitraire et c'est puéril !

Il est évident que les témoins le plus souvent ne sont pas des étrangers pour les parties. Sans relations avec elles, comment connaîtraient-ils les faits du litige ? Alors, l'excès de précautions étouffera la manifestation de la vérité. Mais ceci est une critique générale de tous les reproches ; notre dessein se limite ici aux griefs particuliers.

HÉRITIER OU DONATAIRE.

Est reprochable le témoin qui, sans être parent de la partie au degré prohibé, est son héritier présomptif ou qu'elle a institué son donataire. La loi ne parle pas des légataires : on ignore en effet les noms des légataires éventuels des parties. La qualité de donataire s'étend aussi bien à la donation des biens présents qu'à celle des biens à venir, à la donation de

(27) Riom, 21 janvier 1895, Recueil Riom, 95.260.

(28) Req., 13 juillet 1908, S. 1909.1.37.

la totalité de la fortune qu'à celle d'une quote-part. Notons qu'à l'inverse, la loi ne reproche pas le témoin dont la partie est héritière ou donataire.

La justification de ce reproche serait que les héritiers et les donataires sont au plus haut point intéressés à ne pas déplaire à la personne dont ils escomptent la succession ou dont la libéralité les a touchés. Or celui qui est le successible le plus proche peut n'être pas dans les bonnes grâces du testateur. Pourquoi lui faire un sort, alors que le tiers qui, au su de tous, a capté la confiance de ce dernier, restera inattaquable ? Que d'artifices ! Tout dépend des circonstances que les juges peuvent seuls apprécier.

LE TÉMOIN A BU OU MANGÉ AVEC LA PARTIE.

L'article 283 vise : « le témoin qui a bu ou mangé avec la partie et à ses frais depuis le prononcé du jugement qui a ordonné l'enquête ».

Ce reproche suppose la réunion de conditions précises ; il doit donc être invoqué d'une manière circonstanciée, il ne suffit pas d'articuler d'une façon vague le fait sans fixer le jour et le lieu. Ainsi la loi exige la présence de la partie ; c'est « *inter pocula* » que celle-ci doit chercher à obtenir du témoin l'engagement de déposer en sa faveur. Il n'y a pas lieu en conséquence de reprocher celui qui a bu chez la partie mais sans elle (29). De même, pas de reproche si dans un restaurant chacun a payé son écot. Mais dès lors que les conditions énumérées sont réunies, l'admission du reproche est obligatoire (30). Peu importe que le rang et l'honorabilité du témoin éloignent toute idée de subornation !

(29) Bruxelles, 19 novembre 1860, Pasirisie Belge, 1861.2.156, — Riom, 30 juillet 1906, Recueil Riom, 1905-1906, 416.

(30) Req., 16 juin 1938, G. P. 38.2.494.

Le reproche n'est écarté que si la nourriture prise représentait la rémunération d'un service rendu (31) ou se justifiait par un usage local, tel les repas de baptême largement ouverts aux voisins et connaissances (32).

Les rédacteurs de l'article 283 se sont faits l'écho de la vieille maxime de Loysel : « Fol est celui qui se met en enquête, car qui mieux abreuve mieux preuve ». D'aucuns allèguent que, si ce piège vulgaire de la consommation acceptée est sans effets sur les esprits cultivés, il n'en va pas de même dans les campagnes. Ce motif est cependant bien futile ! Il est injurieux pour la nature humaine : il ne tient aucun compte de la conscience particulière du témoin. S'il est propre à certains milieux, pourquoi supposer que toute personne appelée en témoignage puisse être corrompue par un apéritif ou un digestif. Les trente deniers sont décidément bien dévalués !

CERTIFICATS RELATIFS AU PROCÈS.

De toutes les causes de reproches énumérées par l'article 283 c'est sans doute celle qui a reçu le plus de développement dans la jurisprudence la plus récente. Cela tient à l'habitude prise par les Compagnies d'assurances d'adresser aux témoins d'un accident un questionnaire d'enquête officieuse ; elles obtiennent des attestations sur le vu desquelles elles prennent parti. Si elles plaident, elles font entendre sous le nom de leur assuré, ceux qui ont fourni les réponses favorables. Or le nombre des procès, relatifs aux accidents, est considérable !

Est reprochable, selon l'article 283, « celui qui aura donné des certificats sur les faits relatifs au procès », mais qu'entend-on par certificats ?

(31) Req., 28 octobre 1896, S. 1900.1.411. — Bruges, 2 février 1912, S. 13.4.24.

(32) Rennes, 23 novembre 1911, S. 1913.2.150.

L'écriture est de l'essence du certificat. Une attestation verbale n'est pas un certificat. Mais la forme de l'écrit importe peu. Il peut être sous seings privés et même se trouver dans une lettre missive (33). Il n'est pas nécessaire que l'écrit émane de la main du témoin ; sa signature suffit et s'il est illettré, un simple signe reconnu pour sien.

Le reproche est justifié même si le certificat porte sur des faits qui ne sont pas compris dans l'enquête, du moment qu'ils sont relatifs au procès. On fait valoir que l'article 283 n'autorise aucune discrimination entre les diverses parties des dépositions des témoins reprochés et que la présomption de partialité ressort de la seule délivrance complaisante de l'attestation (34). Cette solution est trop rigoureuse car l'écrit n'entame pas la liberté de conscience du témoin, quant aux faits sur lesquels il ne s'est pas expliqué. Cette cause de reproche ne peut d'ailleurs être invoquée par la personne qui a obtenu le certificat mais seulement par celle contre laquelle il a été fourni. Il serait immoral qu'on puisse s'opposer à l'audition d'un témoin dont on a sollicité le témoignage écrit (35).

Tout écrit du témoin relatif aux faits du procès est-il un certificat ? Nous touchons ici au centre du débat qui divise la Doctrine sur le fondement de ce reproche. Deux systèmes sont proposés : l'un repose sur l'idée de partialité, l'autre sur celle de parti-pris. Selon le premier, il faut rechercher si le témoin a voulu favoriser la partie. Pour le second, le témoin même impartial est reprochable ; il a pu ne vouloir favoriser personne, il a pris parti, engageant par avance son opinion et diminuant sa liberté de témoignage. La jurisprudence

(33) Req., 12 décembre 1831, S. 32.1.38 ; 16 novembre 1885, S. 86.1.175.

(34) Caen, 16 décembre 1919, S. 21.2.93. — Douai, 10 avril 1933, Recueil Douai 1933, 182. — Note César-Bru, D. 96.2.177.

(35) Riom, 3 mai 1901, *Journal Avoués* 1902.65.

dominante s'est nettement prononcée en faveur de l'idée de partialité : il n'y a reproche que si le certificat « a été volontairement et librement délivré dans le but de favoriser les prétentions d'une partie » (36). Les juges ont donc le droit d'écarter le reproche, s'ils constatent en fait que l'écrit visé n'était pas de pure complaisance.

La théorie du parti-pris, qui a pour ardent défenseur M. Besson (37), allègue que l'article 283 C. P. C. se rattache à l'article 271, interdisant de lire un projet écrit et qu'un certificat place son auteur dans la position de celui qui apporte une déposition rédigée à l'avance. Elle ajoute que, si l'on admet le caractère péremptoire de l'article 283, le fondement de partialité fait disparaître son automatisme ; la partialité est une cause de reproche facultative et extra-légale. Si elle sert de base au rejet des certificats, le texte de l'article 283 devient inutile.

Ces arguments ne sont pas convaincants. Il est erroné de présumer que, par obstination ou par amour-propre, le certificateur ne voudra se déjuger à aucun prix, surtout si l'enquête permet la confrontation, ainsi que nous le souhaitons. La plupart des reproches de l'article 283 se justifient d'ailleurs par l'idée de partialité, par la volonté de manifester de l'intérêt à l'une des parties. Avec la notion de parti-pris, il importe peu de rechercher le moment où l'écrit a été rédigé, la personne à qui il a été remis, le but en vue duquel il a été fourni, dès lors que l'opinion du témoin est moralement liée. Tout écrit devient un certificat. Comme si la classe des reproches n'était pas assez envahissante et nocive ! Si la déposition est écartée, nous dit-on, le certificat, délivré par un témoin impartial, peut être retenu à titre de présomption

(36) Req., 6 août 1900, D. 1900.1.460 ; 16 février 1920, G. P. 1920.1.549.

(37) Voir notes au Dalloz, 1930.2.73 et 1932.2.25 ; cf.: Paris, 12 décembre 1929, D. 30.2.73.

simple. Cette possibilité suffit à souligner l'artifice du système ; il marque une méconnaissance totale de la psychologie du témoignage qui requiert d'abord son oralité.

Retenons donc cette unique définition : « constitue un certificat tout écrit délivré spontanément à une partie et sur sa sollicitation, en vue de lui créer une situation privilégiée dans le litige et de favoriser ses prétentions ».

Quelques conséquences se dégagent de cette définition. Il n'y a pas de motif de reproche dans le fait de donner par écrit des renseignements, pour éviter un procès, sous la condition qu'ils seront communiqués à chacune des parties (38), ni contre le témoin qui a déjà déposé sur les faits admis en preuve dans une instruction pénale (39), ni dans la plainte adressée par des locataires à leur propriétaire contre les abus de jouissance d'un co-locataire (40), ou dans celle envoyée au procureur (41), ni dans la réponse à une interpellation d'huissier (42).

Puisque le certificat doit avoir été délivré librement, il n'y a pas lieu de reprocher les fonctionnaires publics ou les personnes investies d'un mandat public qui, en délivrant des écrits, n'ont fait que se conformer au devoir essentiel de leur charge ou accomplir leur mandat légal ; citons le juge de paix qui a rendu une sentence sur un bornage avant une instance en revendication (43), l'expert ou le fonctionnaire qui a dressé

(38) Bordeaux, 6 juin 1871, D. 71.5.376 ; 12 juin 1924, Rec. Bordeaux, 24.1.82.

(39) Colmar, 19 novembre 1841, S. 42.2.493. — St-Pierre, 17 décembre 1913, G. P. 14.1.222.

(40) Req., 21 novembre 1940, G. P. 1940.2.320.

(41) Paris, 6 novembre 1908, D. 1909.2.189.

(42) Douai, 11 mai 1938, Recueil Douai 1938.268. — Paris, 13 mai 1931, G. P. 31.2.288.

(43) Req., 6 août 1900, D. 1900.1.460.

un rapport (44), l'huissier qui a rédigé un constat (45), le médecin qui a donné un certificat médical (46), les témoins instrumentaires d'un acte authentique et le notaire qui l'a reçu (47), les membres du Conseil de famille, qui ont participé à une délibération autorisant un procès ou donnant un avis sur une demande d'interdiction (48)... Ces personnes n'ont pas le droit de refuser le prétendu certificat !

Il en est de même du conseiller municipal qui a pris part à la délibération qui a autorisé la commune à ester en justice ; son vote est l'exercice d'un devoir légal. Il n'y aurait matière à reproche que si, dans cette délibération ou par acte séparé, le conseiller avait personnellement affirmé l'existence des faits sur lesquels porte le procès (49). En ce qui concerne les attestations données aux Compagnies d'assurances, la jurisprudence reste très divisée : les tenants de la théorie du parti-pris admettent le reproche, que l'attestation ait été remise ou non à la partie, dès lors que l'impression fournie est de nature à réfléchir sur les résultats du procès (50) ; plus nombreuses sont les décisions de rejet, soit parce que la Compagnie qui a reçu les attestations est étrangère au procès, soit parce que celles-ci ont été délivrées, avant toute instance, dans l'intérêt unique de la vérité et sans faire preuve

(44) Req., 23 janvier 1877, S. 79.1.128. — 6 août 1900, D. 1900.1.460. — Bordeaux, 18 mars 1920, S. 20.2.118.

(45) Dijon, 3 juillet 1934, G. P. 34.2.428. — Angers, 6 mars 1930, D. H. 30.291.

(46) Chambéry, 1^{er} février 1892, D. 93.2.357. — Bordeaux, 8 mai 1911, G. P. 11.2.421.

(47) Civ., 6 mai 1896, S. 97.1.120. — 12 novembre 1856, S. 57.1.847.

(48) Req., 21 octobre 1935, G. P. 35.2.845. — Dijon, 8 décembre 1931, D. 32.2.25.

(49) Req., 8 mai 1883, S. 83.1.295. — Bourges, 4 décembre 1877, D. 79.2.104. — Orléans, 1^{er} juillet 1886, D. 88.2.128.

(50) Paris, 12 décembre 1929, D. 30.2.73. — Toulouse, 28 janvier 1929, Mon. Juges de Paix, 1929.122. — Castres, 28 juin 1928, R. T. C., 1929.204. — Douai, 3 décembre 1928, Rec. Douai 1929.18.

d'une partialité suspecte (51). Il semble que le critérium doive être le suivant : un sentiment de partialité en faveur d'une partie a-t-il déterminé la délivrance du certificat ? Tenons-nous-en à l'appréciation subjective de chaque espèce.

Ce système a pour heureux effet de limiter les conséquences trop rigoureuses de cette cause de reproche, objectivement interprétée. Il ne laisse pas encore une grande latitude au juge, car celui-ci ne peut méconnaître le caractère impératif de l'article 283. Ce motif demeure un des plus puérils et des plus dangereux. L'interrogatoire du témoin peut l'amener à modifier les termes de son attestation. Où est en ce cas la liberté aliénée ? S'il veut témoigner dans le même sens, l'exclusion ne se justifie plus. La pratique judiciaire révèle que chaque partie ne s'engage dans une procédure tant soit peu délicate que munie d'un dossier bourré de ces certificats. Faut-il pour cela dégarnir complètement l'enquête de témoins ?

SERVITEURS OU DOMESTIQUES.

Certains arrêts anciens ont entendu le texte dans un sens large ; ils ont permis de reprocher toute personne vivant sous la dépendance d'autrui et en recevant des salaires comme les clercs, les employés, les commis. On recherchait alors : « la qualité qui enlève à la conscience du témoin la plénitude de sa liberté ».

Cette solution extensive est apparue contraire à l'esprit de la loi. Désormais, il n'y a plus de confusion possible entre la notion de préposé qui se satisfait de la simple subordination, sous l'autorité du commettant et celle de serviteurs ou domestiques dans les termes de l'article 283. Celle-ci se restreint

(51) Besançon, 16 avril 1934, *G. P.* 34.252. — Cherbourg, 3 décembre 1927, *Rec. Caen* 1929-273. — Tr. Seine, 14 décembre 1928, *GT.* 11 mai 1929. — Lyon, 22 mai 1931, *Mon. Jud. Lyon*, 26 août 1932, etc.

« aux individus qui, attachés au service de la personne ou de la maison, vivant sous le toit du maître, sont présumés à raison de cette étroite dépendance et de l'humilité de leur position n'avoir pas une liberté suffisante pour témoigner en pleine sécurité » (52). Le reproche ne s'applique donc pas aux personnes qui, tout en étant au service d'une autre, ne sont pas dans ce lien étroit de dépendance.

Quelques exemples suffiront, sans qu'il soit utile de se livrer à une énumération fastidieuse. Ne sont pas reprochables les commis salariés (53), les clerks d'avoués ou de notaires (54), les gardes particuliers (55), les concierges (56), les gardes champêtres et secrétaires de mairie, parce qu'ils ne sont attachés ni à la personne, ni à la maison du maire (57), les fonctionnaires vis-à-vis de l'Etat ou des collectivités publiques (58), etc...

Certaines décisions avaient jadis admis que les employés de chemins de fer étaient de véritables serviteurs de la Compagnie qui les payait ; elles arguaient de ce qu'ils agissaient sous ses ordres et étaient sous sa dépendance puisqu'elle pouvait les renvoyer « *ad nutum* ». La Jurisprudence aujourd'hui ne les reproche plus car ils ne sont attachés ni à la personne, ni à la maison du Directeur de la Compagnie (59). Quant à l'argument du congédiement, il aurait pour premier effet de congédier de l'enquête... tous les témoins salariés.

Le reproche ne joue d'ailleurs que si le serviteur est encore au service de la partie lors de l'enquête, à moins que le départ

(52) Voir : note 1 sous Nancy, 20 juillet 1877, D. 78.2.175.

(53) Req., 14 décembre 1881, D. 82.1.184. — 16 juillet 1907, D. 1908.1.31.

(54) Req., 3 mai 1899, S. 99.1.312.

(55) Riom, 19 février 1934, G. P. 34.1.762.

(56) Paris, 12 mai 1931, G. P. 31.2.288.

(57) Civ., 6 mai 1896, S. 97.1.120.

(58) Nancy, 27 novembre 1909, G. P. 1909.2.623.

(59) Civ., 29 décembre 1880, S. 81.1.68. — 22 février 1897, S. 97.1.116. — Grenoble, 8 novembre 1939, G. P. 40.1.36.

ne soit le fruit d'un concert frauduleux (60). Il est si facile de tourner la loi, de renvoyer le témoin à l'époque où il doit témoigner et de le reprendre ensuite ! Notons encore l'exception du divorce et de la séparation de corps.

On aboutit donc à une notion légitimement restrictive de « personnes employées à gages à des travaux manuels, qui, logées et nourries chez une autre personne et n'ayant que leur salaire pour vivre, se trouvent par suite dans une certaine dépendance vis-à-vis d'elle » (61). Mais, si cantonné qu'il soit, ce motif de reproche demeure arbitraire. La suspicion n'est pas toujours également justifiée. C'est affaire d'appréciation individuelle. Et puis le domestique, celui qui vit dans la maison, n'est-il pas le témoin nécessaire de tant de faits de la vie familiale ?

INDIGNITÉ.

A côté de l'indignité considérée comme une incapacité absolue, l'article 283 institue l'indignité cause de reproche. Son dernier alinéa déclare reprochables : « le témoin en état d'accusation ; celui qui aura été condamné à une peine afflictive ou infamante ou même à une peine correctionnelle pour cause de vol ».

Les rédacteurs du Code de 1806 n'avaient pas prévu que le Code Pénal de 1810 établirait l'incapacité de témoigner comme conséquence des peines criminelles ou de certaines peines correctionnelles. On aurait pu, depuis le temps, mettre les deux législations d'accord ! Leur combinaison procure ce résultat que les individus condamnés à ces peines sont à la fois incapables et reprochables. Comme incapables, ils donnent de simples renseignements ; comme reprochables, ils

(60) Civ., 23 octobre 1902, S. 1903.1.470.

(61) Cf.: R. P., Dalloz, V^o *Enquête*, n^o 212.

peuvent voir les parties s'opposer à la lecture de ces renseignements (62).

Le témoin en état d'accusation est celui renvoyé devant la Cour d'Assises par un arrêt de la Chambre des mises en accusation, sous la prévention d'un crime. Le reproche est rejeté si l'accusé est acquitté, avant que le tribunal ait statué sur l'enquête. On admet même que la partie pourrait demander un sursis à statuer jusqu'à l'arrêt de la Cour d'Assises à intervenir.

Il faut une condamnation à une peine correctionnelle pour vol ; une autre cause est indifférente, même une condamnation pour un crime qui, à raison de circonstances atténuantes, n'a été frappé que de peines correctionnelles (63). Le mot : « vol » ne doit pas être étendu. Ni l'escroquerie, ni l'abus de confiance ne sont un motif de reproche. Les individus frappés d'une telle condamnation sont-ils à tout jamais reprochables ? En d'autres termes la réhabilitation qui efface l'incapacité efface-t-elle le reproche ? Avant la loi du 14 août 1885, la jurisprudence était négative (64). La Doctrine objecte encore que la réhabilitation ne produit pas d'effet rétroactif, que le jugement de condamnation subsiste, créant un droit acquis au profit de la partie contre laquelle le témoin dépose, et que la possibilité d'être reproché n'est pas une peine encourue par le témoin, mais une garantie pour les plaideurs (65). A bon droit, la Cour de Cassation décide que l'article 283 ne peut pas être invoqué à dater de la réhabilitation, la condamna-

(62) Glasson, Morel et Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., Paris, 1925-1926, t. II, p. 775.

(63) Req., 18 février 1845, S. 45.1.171.

(64) Caen, 23 juillet 1840, S. 41.2.96. — Anvers, 23 juillet 1864, D. 65.3.39.

(65) Garraud, *Traité de Droit pénal*, t. II, p. 170. — Glasson, Morel et Tissier, *op. cit.*, p. 775.

tion devant cesser de produire effet pour l'avenir. Ce serait en effet méconnaître le texte et l'esprit de la loi que de prendre pour base d'un reproche une condamnation que l'article 634 du Code d'Instruction Criminelle déclare expressément effacée par la réhabilitation (66).

Nous avons déjà souligné la grave erreur de la conception française de l'indignité. Il n'est donc pas besoin de redire que le témoignage n'est pas un honneur, mais un devoir et que la moralité d'un individu ne s'analyse pas en une équation.

CARACTÈRE OBLIGATOIRE DES REPROCHES LÉGAUX.

Il appartient aux juges de vérifier en fait si la cause de reproche existe et se présente dans les conditions et avec les caractères prescrits par la loi. Mais si le reproche est justifié en fait, le juge peut-il le rejeter ? L'application de l'article 283 est-elle facultative ou impérative ?

Ce fut naguère une question très controversée. Les adversaires de l'obligation faisaient valoir la rédaction différente de l'article 268 : « Nul ne pourra être assigné comme témoin... » et de l'article 283 « pourront être reprochés... ». Ils arguaient en outre du début de l'article 291 : « si les reproches sont admis ».

La controverse est aujourd'hui close par une jurisprudence unanime ; les juges du fond sont obligés d'admettre les reproches énumérés par l'article 283 et ne peuvent les repousser de façon arbitraire (67). Le mot « pourront » vise, estime-t-on, les parties et non le tribunal ; les parties seules ont la faculté d'invoquer ou de délaisser les reproches ; mais l'article 283 est impératif, dès que le plaideur réclame son application. Le début de l'article 291 se réfère aux dispositions qui le pré-

(66) Crim., 10 mars 1911, *G. P.* 1911.1.635.

(67) Req., 16 novembre 1885, *S.* 86.1.175. — 28 octobre 1896, *S.* 1900.1.411. — Soc., 20 août 1940, *G. P.* 40.2.70.

cèdent et lorsqu'on achève la lecture de cet article : « si les reproches sont admis, la déposition du témoin reproché ne sera pas lue », on acquiert la certitude que les juges sont contraints d'appliquer les reproches, quand les faits sur lesquels ils reposent sont établis. Il est impossible de le proclamer avec plus de netteté ! Le législateur n'aurait certes pas circonstancié ainsi les causes de reproche s'il avait voulu les abandonner au souverain pouvoir du juge.

Ce pouvoir souverain d'appréciation ne lui est reconnu que pour les cas qui ne sont pas visés par la loi, pour les reproches extra-légaux que nous appellerons de ce fait les reproches facultatifs.

2°) **Reproches facultatifs** : L'énumération de l'article 283 en effet n'est pas limitative. Ainsi en décide du moins une abondante jurisprudence. Celle-ci considère l'article 283 comme énonciatif et déclare que, lorsque le reproche ne repose pas sur un texte formel, mais sur des faits qui font naître la crainte du mensonge, le juge du fond a tout pouvoir d'apprécier, suivant les circonstances, la valeur de la déposition (68). La Cour de Cassation ne peut réviser son admission ou son rejet. C'est une question de pur fait. Une aussi complète liberté est curieuse ! La Cour suprême aurait pu décider que l'assimilation des cas non prévus était une question de droit et se réserver de diriger elle-même l'extension des dispositions légales aux hypothèses analogues. Elle ne l'a pas voulu. Il n'y a violation de la loi que si un tribunal refuse d'admettre une cause légale, étend l'article 283 à des cas qu'il ne spécifie pas ou, estimant cet article limitatif, nie son propre pouvoir d'appréciation (69).

Il est difficile de justifier juridiquement cette jurisprudence. Les incapacités sont de droit étroit. Une énumération aussi

(68) Civ., 29 janvier 1923, *G. P.* 1923.1.587 ; 12 avril 1927, *S.* 27.1.309.

(69) Cf. Note A. Tissier sous Civ. 6 janvier 1897, *S.* 98.1.81.

minutieuse que celle de l'article 283 n'a de sens que si elle est limitative. Les travaux préparatoires révèlent que les auteurs du Code ont précisément voulu mettre fin aux abus des anciens parlements qui avaient multiplié les reproches, laissés à leur libre appréciation par l'ordonnance de 1667. La preuve ? Un grand nombre de Cours avaient proposé d'ajouter à l'article 283 une disposition en vertu de laquelle d'autres causes de reproche pourraient être admises. Le législateur de 1806 n'en a tenu aucun compte.

Dira-t-on que l'article 270 C. P. C. prévoit l'ensemble des reproches qu'il est impossible d'énumérer, en exigeant seulement qu'ils soient circonstanciés et pertinents ? que l'extension s'impose par argument *a fortiori* de quelques-uns des cas prévus par l'article 283 et par analogie avec l'article 378 sur la récusation des juges ?

La justification est fragile. L'article 283 indique les cas de reproches et l'article 270 la forme dans laquelle ils doivent être proposés. On ne peut conclure de la récusation d'un juge remplaçable à celle d'un témoin peut-être unique. Le seul argument utile, selon la Doctrine (70), consiste dans les reproches qui s'imposent à ce point que le législateur s'est cru dispensé de les indiquer. Quand on peut reprocher les témoins d'une partie, de peur qu'ils n'altèrent la vérité dans son intérêt, en serait-il autrement de la partie elle-même et des autres personnes intéressées au procès ?

Une telle argumentation suffit à montrer la faiblesse de la théorie des reproches. La vérité est que les cas où il y a suspicion de partialité échappent à toute énumération. Ils diffèrent suivant chaque espèce. La Jurisprudence extensive, sans fondement en droit, est justifiée en psychologie. Mais pourquoi la suspicion doit-elle entraîner le rejet de la déposition ? Le juge ne juge-t-il pas en son âme et conscience ? Cette jurispru-

(70) Glasson, Morel et Tissier, *op. cit.*, p. 776 ; Garsonnet et César Bru, II, p. 535.

dence accroît donc le danger des reproches, en accroissant leur nombre. Boncenne a raison de dire : « Cette doctrine distendue n'est en réalité qu'une satisfaction que l'arbitraire s'est donnée à lui-même. Loin que ce soit un germe de progrès, c'est une vieille souche d'abus que l'on a fort solennellement replantée » (71).

Il est d'usage de classer les reproches facultatifs en deux catégories : ceux fondés sur l'intérêt personnel, ceux qui sont basés sur l'animosité envers la partie.

INTÉRÊT PERSONNEL.

C'est le reproche formulé par Beaumanoir : « Nul n'est reçu en sa propre querelle ». Le Digeste le proclamait déjà : « *Nullus in re sua testis idoneus intelligitur* » (71 bis). C'est sans contredit la cause la plus certaine des déformations du témoignage. L'intérêt mène le monde. Les hommes ne sont pas assez parfaits pour repousser, dans la lutte du devoir et de l'intérêt, les puissantes suggestions de ce dernier.

L'intérêt peut être matériel ou moral, direct ou indirect, immédiat ou éventuel. Il ne faut pas qu'il soit trop minime ou purement problématique (72). Mais prétendre que, pour être une cause de reproche, il est nécessaire qu'il soit direct et immédiat, c'est vouloir imposer des règles absolues là où il s'agit d'une pure appréciation des faits, par essence relative. Il suffit qu'il apparaisse comme le mobile non équivoque d'un témoignage **partial**.

Nous ne pouvons espérer décrire toutes les applications qui ont été déduites de ces principes.

Intérêt pécuniaire ? Le témoin doit être considéré comme ayant un intérêt direct au procès, toutes les fois que la con-

(71) Boncenne et Bourbeau, *Théorie de la Procédure Civile*, Liv. IV, ch. 18.

(71 bis) *Digeste*, L. XXII, t. 5, *De testibus*, 10.

(72) Req., 18 mai 1938, *G. P.*, 1938.2.161 ; 20 avril 1937, *G. P.* 37.2.160.

damnation à intervenir réfléchirait contre lui de telle sorte qu'il serait passible de la perte matérielle qui en résulterait. L'intérêt direct se manifeste d'abord lorsque le témoin est partie à l'instance en son propre nom ou sous le nom d'autrui, tels le mandataire, conventionnel ou légal, intéressé au débat comme responsable de sa gestion (73), le Directeur de banque, qui est intervenu dans les tractations, objet du litige (74), le courtier qui a conclu le contrat (75), le légataire bénéficiaire personnel du testament attaqué (76), le débiteur du chef de qui l'action est intentée, etc...

L'intérêt pécuniaire direct se rencontre encore chez l'associé (77) et dans les procès concernant les communes, chez le conseiller municipal ou chez les habitants, qui peuvent exercer un droit de jouissance individuelle sur la chose contestée (78). Le rejet s'impose au contraire si la commune plaide pour des biens possédés administrativement. Les créanciers du failli sont-ils reprochables dans le procès intenté par le syndic au nom de la masse ? Non, car le syndic ne plaide pas pour chacun d'eux dont les intérêts sont parfois opposés (79).

Nul n'est témoin en sa propre cause, mais la partie qui a obtenu sa mise hors de cause sans dépens ou celle dont la mise en cause est hypothétique ne sont pas reprochables (80). Il

(73) Req., 12 février 1862, D. 62.1.187 ; Toulouse, 13 février 1864, D. 65.2.63.

(74) Aix, 15 juin 1932, *Moniteur Juges de Paix*, 1932.242.

(75) T. comm. Marseille, 19 janvier 1921, *Rec. Marseille*, 1921.1.297.

(76) Req., 2 juillet 1866, D. 66.1.430.

(77) Req., 21 juillet 1880, D. 81.1.201 ; Douai, 28 janvier 1853, S. 53.2.350.

(78) Bourges, 4 décembre 1877, S. 80.2.83 ; Orléans, 20 mars 1883, D. 90.2.222 ; Req., 19 décembre 1866, D. 67.1.440.

(79) Req., 16 juin 1874, D. 75.1.177.

(80) Civ., 6 mai 1896, S. 97.1.120 ; Toulouse, 17 janvier 1929, G. P. 29.1.512.

serait trop aisé d'écarter un témoignage dangereux en assignant à tort le témoin !

Intérêt moral ? Il peut s'agir d'un intérêt de défense ou de protection : ainsi les employés de chemins de fer, qui ne sont pas reprochables comme serviteurs ou domestiques, le deviennent s'ils ont intérêt à dégager leur responsabilité (81). De même, le chauffeur d'un camion, responsable d'un accident, qui tente de s'innocenter vis-à-vis de son patron (82).

Il peut s'agir d'un intérêt d'honneur ou d'amour-propre : lorsqu'un acte authentique est argué de faux, le descendant du notaire qui l'a dressé a un intérêt moral certain à ce que l'existence du faux allégué ne soit pas reconnue, pour éviter de ternir la mémoire de son auteur (83).

Cette conception de l'intérêt personnel a même abouti à ce paradoxe qu'on a reproché un maître dans un procès relatif à son domestique ! (84). O reproche ! que de fautes on commet en ton nom !

ANIMOSITÉ CONTRE LA PARTIE.

Ce grief se justifie comme suit : il peut s'être élevé entre le témoin et la partie des difficultés graves ; un ressentiment en est né, qui faussera sa déposition.

L'animosité résulte en général d'un procès, surtout s'il porte sur des points connexes à celui qui entraîne l'enquête. Ce peut être un procès terminé depuis déjà quelque temps. Il faut en tout cas que le procès ait été intenté antérieurement à

(81) Req., 11 mars 1913, D. 1913.1.397 ; Montpellier, 10 janvier 1935, G. P., 35.1.481.

(82) Alger, 16 mars 1932, G. P., 1932.2.93.

(83) Lyon, 20 mars 1900, *Journal Avoués*, 1900.162 ; Seine, 9 mars 1909, G. P., 1909.1.523.

(84) T. Paix La Roche-sur-Yon, 13 août 1904, sous Cass., 13 août 1904, S. 1907.1.422.

l'enquête ; en décider autrement serait mettre entre les mains des plaideurs un moyen d'éliminer une déposition gênante (85). L'éventualité d'un procès identique ne constitue pas une cause de reproche.

Nous n'envisageons point l'animosité de la partie contre le témoin. Il ne saurait suffire qu'une partie se soit livrée à des violences sur un témoin dont elle redoute la déposition pour faire écarter le témoignage (86). La raison du plus fort ne doit pas être la meilleure !

B) *Modes de proposition des reproches.*

Nous savons quelle gamme trop riche de témoins peut être reprochée. Il reste à déterminer qui peut reprocher, quand et sous quelles formes le reproche doit être proposé.

Qui peut reprocher ? uniquement la partie contre laquelle le témoin a été cité. Elle agit exceptionnellement en personne, presque toujours par son avoué en vertu du mandat général qu'il a reçu pour la conduite du procès. Une partie qui a cité des témoins n'est pas recevable à reprocher ses propres témoins (87). La Doctrine excepte seulement l'hypothèse où la cause de reproche lui est inconnue lors de l'assignation et celle où elle se voit opposer dans la contre-enquête la personne qu'elle a fait entendre dans l'enquête.

Sous quelles formes ? Le reproche doit être proposé en termes précis et circonstanciés : il ne peut être formulé d'une manière vague et générale. Il faut préciser le fait allégué, spécifier le degré de parenté, le lien de domesticité, la nature

(85) Civ., 29 janvier 1923, S. 1923.1.112 ; Agen, 7 mars 1904, G. P., 1904.2.658 ; Req., 2 juillet 1913, G. P., 13.2.383 ; Rouen, 15 décembre 1891, *Recueil Rouen*, 1892.1.8.

(86) Req., 10 mai 1939, D. H. 39.389.

(87) Toulouse, 9 décembre 1863, D. 64.2.83.

du certificat, le lieu et le jour où le témoin a bu ou mangé aux frais de l'adversaire. Un reproche partiel ou conditionnel n'est pas valable ; une partie ne peut par exemple limiter son reproche aux passages de la déposition qui lui sont contraires et se réserver de l'utiliser en tant qu'elle lui est favorable (88). La loi lui accorde une faculté ; libre à elle d'en user ou d'y renoncer, mais elle doit opter.

Il n'est pas nécessaire par contre que la preuve des faits allégués à l'appui du reproche soit immédiatement offerte : c'est, après l'enquête, devant le tribunal que cette preuve doit être demandée (89). Il se peut que l'aveu du témoin la rende inutile !

A quel moment peut-on proposer le reproche ? Cela peut se faire avant ou après le serment du témoin, mais en tout cas avant le commencement de la déposition. Il n'est pas permis de se réserver jusqu'après l'audition pour invoquer le témoignage s'il est favorable ou l'écarter s'il est contraire. Les objections seraient alors trop intéressées pour n'être pas suspectes. La partie a été assignée au moins trois jours avant l'audition des témoins, elle connaît leurs noms par l'assignation, elle a donc eu tout le temps de la réflexion !

Aux termes de l'article 282 C. P. C., le reproche n'est admissible après la déposition que s'il est justifié par écrit. En quoi consiste-t-il ? L'écrit peut être le certificat relatif aux faits du procès, l'acte d'état-civil établissant la parenté du témoin, le jugement de condamnation prouvant son indignité, la déposition elle-même qui révèle la cause de reproche (90). Faut-il en outre que cette cause n'ait été connue de la partie qui reproche qu'après la déposition ? Certains arrêts ont

(88) Req., 8 juillet 1907, S. 1907.1436.

(89) Paris, 4 novembre 1865, D. 66.5.459.

(90) Douai, 10 avril 1933, *Recueil Douai*, 1933.182.

répondu par l'affirmative (91) ; la Cour de Cassation décide que l'article 282 est formel : le reproche peut être formulé après la déposition, sans que le texte fasse une distinction suivant que l'intéressé a connu ou ignoré la cause de reproche lors de l'enquête (92). Cette condition n'est certes pas exigée par le texte, mais elle s'impose bien. Pourquoi prolonger l'option de la partie ? Elle doit savoir dès l'enquête si la suspension est légitime ou non ? Dira-t-on que la partialité se contrôle mieux, une fois la déposition reçue ? Nous en convenons, mais qui ne voit combien se trouve souligné l'arbitraire du système préétabli des reproches ?

Le témoin reprochable et non reproché est entendu, car à la différence des incapacités, les reproches ne peuvent être opposés d'office. Dans l'enquête ordinaire, on entend même le témoin reproché. Le reproche est consigné au procès-verbal ainsi que la réponse du témoin. Il n'appartient pas au juge-commissaire d'apprécier son mérite. Si le tribunal reconnaît le bien-fondé des griefs, la déposition ne sera pas lue, elle sera non avenue. Si le reproche est écarté, elle conservera toute sa valeur.

En matière sommaire, le tribunal statue immédiatement sur le reproche avant d'entendre le témoin ; celui-ci ne dépose donc pas si le reproche est admis (93). On a soutenu que le témoin reproché devait être entendu si la cause était susceptible d'appel, la juridiction d'appel pouvant différer d'avis et rejeter le reproche. C'est une erreur. L'éventualité de l'appel ne peut faire entendre le témoin si le tribunal estime sa déposition suspecte (94). On ne peut exiger des juges qu'ils enten-

(91) Grenoble, 30 mars 1912, S. 1912.2.208 ; Paris, 22 novembre 1927, G. T., 5 janvier 1928.

(92) Req., 16 février 1931, G. P., 31.1.770 ; 20 mars 1912, S. 12.1.280.

(93) Req., 12 juillet 1909, G. P., 1909.2.455 ; Alger, 16 mars 1932, G. P., 32.2.99.

(94) Glasson, Morel et Tissier, *op. cit.*, p. 816 ; Civ., 24 janvier 1853, D. 53.1.31 ; Req., 30 décembre 1874, S. 75.1.225.

dent une déposition à laquelle ils ne peuvent avoir d'égard. Dans l'enquête secrète, on ne lit pas la déposition du témoin reproché. L'audition remplace ici la lecture.

c) Jugement des reproches.

Poursuivons l'analyse du mécanisme de l'enquête ordinaire : la partie qui a formulé un reproche, en temps utile, devant le juge-commissaire, doit le reprendre devant le tribunal.

Elle n'est pas obligée de prendre en ce sens des conclusions formelles. Le Tribunal a le droit de se regarder saisi de l'incident par le procès-verbal de l'enquête. Il n'existe aucune forme sacramentelle concernant la façon dont un reproche doit être reproduit. Il suffit que la partie manifeste d'une manière non équivoque son intention de le maintenir (95). Mais si elle laisse lire à l'audience la déposition du témoin reproché, sans avoir reproduit le reproche sous une forme quelconque, elle court le risque de passer pour y avoir renoncé ; elle sera forclosée pour pouvoir le relever en appel (96). A l'opposé, la lecture de l'enquête n'entraîne pas renonciation, lorsqu'il a été pris des conclusions expresses de reproche et que, le fond étant en état, le tribunal ordonne cette lecture pour statuer sur le tout par un seul jugement (97).

En renouvelant ses reproches, la partie en fournit la preuve, celle-ci a lieu le cas échéant par une nouvelle enquête mais en des formes très simplifiées : elle se fera à l'audience et aucun reproche n'y sera admis s'il n'est justifié par écrit (art. 290 C. P. C.).

Les juges sont tenus de statuer sur les reproches proposés et ne peuvent se borner à dire qu'ils y auront tel égard que

(95) Lyon, 28 mai 1937, *Mon. Jud. Lyon*, 25 mars 1938.

(96) Req., 19 décembre 1866, D. 67.1.440 ; Civ., 19 janvier 1892, S. 95.1.411.

(97) Civ., 24 novembre 1880, D. 82.1.120 ; Le Havre, 17 juillet 1925, G. P. 25.2.765.

de raison, en appréciant les dépositions. Alors même qu'ils ne seraient pas fondés, le tribunal ne peut les écarter sans donner de motifs (98). Cette solution, conforme à la loi, est contraire à la règle de l'intime conviction.

L'incident est en principe vidé avant l'instance principale. Le jugement sur les reproches est susceptible d'appel, si le jugement au fond comporte ce recours d'après le dernier état des conclusions des parties (99). Comme ce jugement n'est ni préparatoire, ni interlocutoire, l'appel doit en être interjeté immédiatement et n'est plus recevable si la partie l'a exécuté, sous réserves, en plaçant au fond (100).

A titre exceptionnel, l'article 288 autorise les juges à prononcer par un seul jugement sur les reproches et sur le fond, lorsque le fond est en état, c'est-à-dire lorsque les conclusions au fond ont été prises contradictoirement à l'audience et que le débat s'est trouvé ainsi lié (101). Les juges d'appel pourront statuer de même sur le fond et les reproches si, les reproches étant rejetés en première instance, les parties ont conclu en appel sur les deux.

Si le reproche est admis, la déposition n'est pas lue, sauf, détail piquant, lorsque le témoin cité à la requête des deux parties n'est reprochable qu'au regard de l'une d'elles ; on ne saurait priver l'autre de ce témoignage (102).

En cas de rejet du reproche, le témoin reproché peut obtenir des dommages-intérêts si ce reproche était de nature à porter atteinte à son honneur ou à sa considération.

(98) Civ., 27 octobre 1925, *G. P.*, 25.2.704 ; 13 avril 1840, *S.* 1840.1.409.

(99) Civ., 13 janvier 1902, *S.* 1902.1.216.

(100) Req., 8 juin 1863, *D.* 69.1.303 ; Colmar, 17 mai 1864, *D.* 65.2.63 ; Bordeaux, 20-27 novembre 1911, *G. P.*, 11.2.646.

(101) Civ., 11 mars 1874, *D.* 74.1.340 ; Req., 16 décembre 1924, *S.* 25.1.44.

(102) Paris, 9 juillet 1890, *G. P.*, 90.2.461.

...Voilà le système de reproches, institué par le Code de Procédure Civile. Nous nous sommes peut-être attardés à le décrire, sans pouvoir prétendre épuiser tous ses aspects. Nous avons noté déjà son archaïsme ; avant d'en aborder la critique générale, retenons son ampleur. Si, comme nous le pensons, la notion de reproche repose sur une erreur psychologique, nous mesurerons mieux sa nocivité, maintenant que nous savons quelle étendue la loi et la Jurisprudence s'accordent à lui reconnaître !

CHAPITRE III

LES OBLIGATIONS DU TEMOIN

Elles peuvent se ramener à trois : l'obligation de comparaître, l'obligation de prêter serment, l'obligation de déposer qui n'est autre que l'obligation de dire la vérité. En examinant chacune d'elles, nous serons amenés à dégager la notion de service public qui est à la base du témoignage, puis le caractère religieux, à tout le moins moral du serment et la nécessité de cette sanction du mensonge que constitue le délit de faux-témoignage. Cet examen serait incomplet si nous n'analysons les traits principaux de la large exception à l'obligation de déposer, créée par le développement du secret professionnel.

*
* *

§ 1^{er}. — OBLIGATION DE COMPARAITRE

Cette obligation est consacrée nettement par les articles 263 à 267 du Code de Procédure : les témoins qui ont fait l'objet d'une assignation régulière sont tenus de prêter leur concours à l'œuvre de la justice en comparaisant aux jour et heure qui leur sont indiqués.

Si le témoin est défaillant, il est réassigné à ses frais ; il est condamné, par ordonnance du juge-commissaire, exécutoire par provision, à des dommages-intérêts envers la partie

pour réparer le préjudice que son absence est présumée lui occasionner : ces dommages-intérêts sont fixés par forfait à 10 francs. Le juge-commissaire peut y adjoindre facultativement une amende de cent francs. Notons combien ce forfait déroge aux règles ordinaires de l'évaluation des dommages-intérêts ; il s'agit plutôt d'une peine privée, ce qui explique que le minimum indiqué de 10 francs soit aussi le maximum.

Le témoin réassigné fait-il encore défaut ? Il encourt cette fois une amende obligatoire de 100 francs que le juge-commissaire peut assortir d'un mandat d'amener. Tout agent de la force publique pourra en ce cas le contraindre à répondre à l'assignation.

S'il justifie de l'impossibilité dans laquelle il a été de se présenter au jour dit, le juge le déchargera de l'amende et des frais de réassignation. La décence commande au témoin empêché d'informer sans retard le magistrat enquêteur de l'obstacle qui interdit sa comparution et de justifier la réalité de cet obstacle. Suivant les motifs allégués, le juge pourra accorder un délai pour l'entendre ou donner commission rogatoire au tribunal du domicile du témoin. La loi n'a pas énuméré les causes d'excuses ; le juge-commissaire les appréciera lui-même. Ce sera d'ordinaire une maladie, une infirmité, une affaire importante, un devoir de famille... Si l'excuse est reconnue fausse, une peine d'emprisonnement de six jours à deux mois peut être prononcée (art. 236 C. Pénal).

Ces exigences sont parfaitement naturelles. Venir déposer en justice et concourir à faire découvrir au juge la vérité est un devoir social que tout citoyen doit remplir quand il en est requis. Le témoignage n'est ni un honneur, ni un privilège, ni une faveur, c'est, selon la forte expression de Glasson, une obligation se rattachant au droit public, en quelque sorte un service public auquel on ne peut se soustraire. Le témoin n'a rien à redouter : il est protégé contre l'injure et la diffamation par l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881. Comment obtenir cette photographie exacte des faits qui résume l'idéal de l'enquête, si le photographe se récusé par un vain caprice ?

A l'époque féodale, personne n'était tenu de venir déposer, car la déposition pouvait conduire le témoin au combat judiciaire pour défendre son témoignage. Il eut été trop rigoureux de l'obliger à risquer sa vie. La partie devait donc s'assurer de sa comparution (1). Comme nous comprenons la réaction du Droit Canonique, punissant d'amendes et de censures spirituelles le témoin défaillant (2) et celle des ordonnances royales, prescrivant qu'il pouvait être contraint par saisie de ses biens et emprisonnement de sa personne (3) !

Certains hauts fonctionnaires sont dispensés de venir en justice ; ils envoient leurs dépositions par écrit. Cette dérogation fâcheuse est inscrite dans les articles 510 et suivants du C. I. Criminelle, complétés et aggravés par le décret du 4 mai 1812. On applique ces textes par identité de motifs aux enquêtes civiles. Ils visent les ministres, conseillers d'état, préfets, généraux, diplomates. Bentham a posé le problème avec verve : « Supposons que le prince de Galles, l'archevêque de Cantorbery et le lord Chancelier viennent à passer tandis qu'un ramoneur et une chiffonnière se disputeraient pour un sac de pommes ; pourraient-ils refuser de se rendre en justice si un des deux adversaires voulait les appeler en témoignage ? » La réponse n'est pas douteuse, si l'on admet l'article 510. Elle ne se légitime pas. La meilleure critique de cette pratique, comme la meilleure justification de la comparution obligatoire nous sont fournies par ce jugement classique de Faustin-Hélie : « L'obligation de déposer s'étend à toute personne. Il ne peut y avoir de privilèges car ce n'est pas la loi, c'est le fait qui crée les témoins... La justice ne peut se voiler pour le rang ou la dignité du témoin. Toutes les preuves appartiennent aux juges dans quelques mains qu'elles se trou-

(1) Glasson, *Sources de la Procédure Civile*, p. 51.

(2) Fournier, *op. cit.*, p. 187.

(3) *Pratique Judiciaire*, de J. Imbert, p. 92 B.

vent. Un intérêt général supérieur à tous les intérêts individuels les soumet, quels qu'ils soient, au joug de la même règle ».

*
**

§ 2. — OBLIGATION DE PRÊTER SERMENT

Chaque témoin, avant d'être entendu, doit faire serment de dire la vérité (art. 262 C. P. C.). C'est une formalité substantielle, requise à peine de nullité. S'il n'y a pas de serment, il n'y a pas de témoignage.

La nullité frappe à la fois la déposition reçue et le jugement auquel cette déposition sert de base. Toute formalité qui n'est pas constatée expressément étant réputée omise, il s'ensuit que, sous la même peine de nullité, la prestation de serment doit être mentionnée soit dans le procès-verbal, soit dans le jugement, selon que le litige comporte ou non la rédaction d'un procès-verbal (4). La constatation n'est valable que si elle résulte soit de la répétition littérale des formes légales, soit du visa de l'article qui les prescrit. Sont insuffisantes la mention « que les témoins ont été entendus en la forme accoutumée », celle « que les formalités prescrites pour l'audition des témoins ont été observées » ou celle que « toutes les formalités en cette matière ont été remplies » (5). Le défaut de serment ressort donc du défaut de constatation ou d'une constatation irrégulière.

Est nulle aussi la décision qui fait état d'un tel témoignage et ne trouve pas de base légale suffisante dans d'autres élé-

(4) Civ., 28 février 1939, *G. P.*, 39.1.699 ; 25 avril 1936, *G. P.*, 36.2.122 ; 16 novembre 1932, *G. P.*, 33.1.189, etc.

(5) Civ., 10 mai 1887, *D.* 87.1.492 ; 15 juillet et 6 août 1889, *D.* 89.5.416 ; 19 octobre 1896, *D.* 97.1.606.

ments de la cause. Il faut qu'elle soit fondée sur d'autres motifs, pour conserver toute sa valeur (6).

Il semblerait qu'il s'agît d'une nullité d'ordre public, donc invocable par tous, à tout moment ; la Cour de Cassation décide cependant que le moyen ne peut être soulevé, pour la première fois, devant elle s'il n'a pas été soumis à la juridiction d'appel (7).

Le refus de prêter serment est assimilé au refus de comparaître et est puni des mêmes peines. Mais qu'est-ce que le serment ? Par nature et par origine, un acte religieux auquel la loi confère des effets civils. Cicéron le caractérisait déjà sous le nom « *d'affirmatio religiosa* ». Domat (8) le définissait : « un acte religieux où celui qui jure prend Dieu pour témoin ». La définition moderne d'Aubry et Rau n'est pas différente : « le serment est un acte civil et religieux par lequel une personne prend Dieu à témoin de la vérité d'un fait ou de la sincérité d'une promesse et l'invoque comme vengeur du parjure » (9). Notre Code en effet a voulu maintenir au serment ce caractère religieux, en dépit de la simplicité de la formule qu'il a adoptée. Cambacérés avait supprimé le terme dans le projet et l'avait remplacé par l'expression : « affirmation judiciaire », fidèle en cela au droit révolutionnaire qui avait voulu substituer au serment religieux une simple promesse. Le Conseil d'Etat rétablit le mot « serment », marquant sa volonté de renouer la tradition de l'Ancien Régime. Cela se conçoit aisément. « Le serment considéré comme une simple déclaration civile serait un non sens » (Aubry et Rau).

Quelle est donc la forme du serment exigé par la loi ?

Elle est très simple ; le caractère traditionnellement religieux n'y apparaît pas. Aucune conscience ne peut s'en trou-

(6) Civ., 8 février 1916, S. 1916.1.127 ; 11 juin 1884, D. 84.1.320.

(7) Civ., 8 novembre 1880, S. 81.1.52 ; Req., 12 mai 1885, S. 86.1.16.

(8) *Lois Civiles*, Livre III, Titre 6, § 6.

(9) *Traité de Droit Civil*, Tome VIII, § 752.

ver froissée. A l'interpellation du juge de dire la vérité, le témoin, debout, découvert, la main droite levée, répond : « je le jure ». Sans doute, la formule du Droit pénal : « Vous jurez de dire la vérité, toute la vérité, rien que la vérité ? » est meilleure. N'est-elle pas une excellente invitation à ne dire que des choses vraies, sans détails inexacts et sans omission de détails vrais ? La formule civile, dans sa concision, contient néanmoins l'essentiel. A l'exception de la réponse affirmative, les formalités extérieures ne sont pas substantielles. Ainsi un individu assis, un manchot qui lève la main gauche prêteront un serment valable.

Puisque le serment est un acte religieux, n'en résulte-t-il pas qu'il doit être prêté dans la religion du prestataire ? Ne doit-on pas en conclure aussi qu'il ne saurait être imposé à ceux dont les croyances religieuses ne l'admettent pas ou qui n'ont aucune croyance ?

La première question s'est posée dès le début du xix^e siècle avec les juifs de rite allemand, dits Talmudistes parce qu'ils ne reconnaissent la Bible qu'à travers le Talmud, c'est-à-dire l'ensemble des commentaires des rabbins de Babylone. Pour eux, le serment se prête, la main sur la bible hébraïque et la tête couverte. Il existe même une forme plus solennelle qui se réalise dans la synagogue, en présence du rabbin et de dix témoins. Sans retracer les oscillations de la Jurisprudence (10), constatons qu'elle s'est fixée ainsi : les talmudistes ne sont pas contraints de prêter le serment : « *more judaïco* ». Ils ont le droit de jurer suivant ce rite particulier à leur culte, mais ils peuvent le faire à leur gré dans la forme commune à tous les Français (11). Ceci revient à dire : si quelqu'un ne se croit lié que par le serment prescrit par sa religion, nous ne lui refusons pas cette garantie supplémentaire de véracité, mais nous ne l'imposons pas.

(10) Cf. Charrier, *Le Serment*, Thèse, 1889, p. 85.

(11) Civ., 3 mars 1846, S. 46.1.193 ; Req., 16 juin 1869, S. 69.1.377.

Au lendemain de la conquête de l'Algérie, le problème est devenu le même pour les Musulmans, qui ne jurent que sur le Coran. Il a été résolu dans le même sens (12).

Certaines sectes observent à la lettre les prescriptions du Christ : « *Ne jurate omnino* » et n'admettent pas le serment. Il a été décidé qu'on ne pouvait exiger d'elles autre chose qu'une affirmation « en leur âme et conscience » (13). On admet donc que la formule très simple du Droit français peut être modifiée pour être adaptée à certaines croyances et varier suivant la religion du prestataire.

Certains se sont autorisés de cette large conception de la liberté de conscience pour revendiquer, comme libres-penseurs, le droit de refuser le serment. L'essai a été concluant ! Les jurés qui n'avaient pas voulu se prêter à « un acte contraire, disaient-ils, à leurs convictions » se sont vu appliquer l'amende et l'arrêt de la Cour d'Assises, rendu sur le verdict de ce jury insermenté, a été annulé (14). La même peine a frappé tous ceux qui, au nom du positivisme, ont prétendu devoir opposer le même refus. Le serment est donc exigible de ceux-là mêmes qui n'ont aucune croyance.

Cette jurisprudence a été sévèrement critiquée (15). Ses adversaires la prétendent illégale et injuste : illégale parce que la loi civile règle seule la forme du serment, qui doit être identique pour tous les justiciables ; injuste, parce qu'elle interdit aux athées le droit d'affirmer au lieu de jurer et l'accorde à certaines sectes. Comment empêcher n'importe qui de se prétendre quaker ?

La justification est aisée. Puisque la tradition et les jurisprudences concordent à attribuer au serment le sens d'un appel

(12) Crim., 16 décembre 1875, D. 77.1.413.

(13) Bordeaux, 22 mars 1809, S. 10.1.226 ; Crim., 27 septembre 1883, B. C. n° 237, et 8 mars 1924, G. P., 24.1.742.

(14) Crim., 7 juillet 1892, S. 92.1.428.

(15) Voir Charrier, *op. cit.*, p. 91.

à la Divinité, pourquoi ne pas permettre à cette invocation de s'accomplir en conformité de la foi religieuse ? Sinon, elle devient un acte indifférent et dérisoire. La liberté de conscience est-elle un vain mot dans notre droit public ?

Mais, dira-t-on, c'est précisément au nom de cette liberté de conscience que nous réclamons la suppression du serment. Il n'y a rien, nous l'avons dit qui, dans les formules usitées, puisse blesser quelqu'un. Les libres-penseurs n'ont qu'à faire abstraction de l'idée de Divinité, dont ils ne peuvent nier le caractère respectable. Il leur reste l'affirmation solennelle en leur âme et conscience qui, par la solennité qu'elle revêt, rappelle au témoin qu'il doit toute la vérité à la justice.

M. Charrier allègue : « La notion du juste et de l'injuste est directement ancrée dans le cœur des hommes. Il n'est point utile en Droit de remonter à sa source au sein de Dieu » (16). Que d'illusion dans ce dogme nouveau de la bonté native de l'homme ! Comme s'il ne fallait pas un contrepoids puissant aux mobiles nombreux qui déforment sa vision de la réalité : l'intérêt, l'amitié, la haine !...

Cette controverse porte la marque d'une époque. Elle a suscité, au Parlement, plusieurs projets de suppression du serment qui, nous le verrons, n'ont pas abouti (17). Félicitons-nous en. L'heure n'est pas venue de déraciner l'institution millénaire du serment. Elle doit être plus que jamais maintenue et fortifiée, si nous ne voulons pas que le serment devienne seulement, suivant le mot cynique par lequel Talleyrand expliquait ses fidélités successives : « un petit mouvement de l'avant-bras sans importance ».

Cette critique « laïque » n'est pas la seule. A côté des tenants de la suppression, du remplacement par une simple

(16) *Op. cit.*, p. 195.

(17) Voir II^e partie, chap. II, § IV.

promesse, voici les partisans du serment facultatif et libre ; chaque témoin le prêterait, s'il croit devoir le prêter et de la façon la plus conforme à ses convictions, la plus significative à ses yeux. M. Gorphe (18), après avoir constaté qu'en essayant de laïciser le serment on n'a réussi qu'à le faire prendre moins au sérieux, affirme que le serment obligatoire crée une confiance arbitraire dans son uniformité, car la force du motif religieux et moral qui le fonde est très variable selon les personnes. Il suggère donc qu'à l'obligation se substitue une simple faculté.

Nous préciserons ultérieurement quels sont nos vœux à cet égard (19). La finesse de l'observation est indéniable : la valeur du serment comme celle du témoignage varie avec les individus. Le sens critique du juge devra s'exercer en ce domaine aussi bien que dans les autres. Le serment ne sera pas pour lui le « mol oreiller de paresse » de Bentham. Mais, ceci admis, qui justifie le serment facultatif ? Nous souhaitons que, dans la conscience de chaque témoin appelé à dire la vérité, puisse retentir cet appel à la Divinité, qui est aussi un appel de Dieu. Nous le souhaitons parce que nous pensons que beaucoup n'y resteront pas sourds. Pourquoi ne pas ouvrir à tous les mêmes possibilités ? Pourquoi refuser d'admettre que le plus indigne, celui qui a perdu la crainte de la loi et a appris depuis longtemps à se passer de l'estime publique, n'a pas conservé comme un reste d'éducation première le sentiment d'un souverain juge ? Cette matière n'autorise ni l'illuminisme, ni le pessimisme.

*
* *

(18) *Op. cit.*, p. 400.

(19) Voir II^e partie, chap. III, § II.

§ 3. — OBLIGATION DE DIRE LA VÉRITÉ

L'obligation de déposer est sous-entendue, car pourquoi forcer les témoins à se présenter devant le juge-commissaire s'ils ont le droit de ne pas lui répondre ?

C'est, nous l'avons vu, une nécessité d'ordre public. Point n'est besoin de recourir à l'ingénieuse explication de Lasséré : « Entre le juge et les particuliers qui vivent sous son ressort, il y a une espèce d'obligation synallagmatique ; le juge leur doit la justice et les particuliers lui doivent fournir la vérité sans laquelle il ne peut pas rendre la justice » (20).

Les garanties de la sincérité résident dans les sentiments moraux du témoin, que le serment doit raviver ou dans la crainte d'une peine prononcée par la loi.

Toutes les législations se sont attachées à sanctionner avec plus ou moins de sévérité le faux-témoignage. Depuis la loi de Moïse qui le punit de la peine du talion « *animam pro anima, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede exiges* » et la loi des Douze Tables qui prescrivait la peine de mort : « *Si quis falsum testimonium dixerit, saxo tarpeio proceps dejicitur* » (21), il n'est pas une époque qui n'ait voulu se prémunir contre les déclarations mensongères des témoins. Parfois rigoureuse, souvent trop clément, suivant les fluctuations des mœurs, la loi pénale a tour à tour châtié le faux témoignage d'une amende arbitraire sous Saint-Louis, de la peine de mort en vertu de l'ordonnance de François I^{er} de mars 1531, d'une amende fixée à 10 livres ou cent sols suivant les Cours souveraines et les juridictions inférieures, depuis l'ordonnance de Villers-Cotterets d'août 1539, de six ans de « gêne » aux termes du Code Pénal de 1791 (art. 47, Titre II, Section II), de la réclusion enfin sous le Code Pénal de 1810.

(20) Louis Lasséré, *L'Art de procéder en Justice*, p. 254.

(21) Aulu-Gelle, Liv. 20, chap. I. 53.

L'actuel article 363 du Code Pénal adoucit les peines : il prévoit pour le faux témoignage en matière civile deux à cinq ans de prison et une amende de 50 à 2.000 francs, sans préjudice des peines accessoires (notamment interdiction des droits civils, civiques et de famille) que le tribunal correctionnel peut ajouter pour un temps qui varie de cinq à dix ans. Si le témoin a reçu ou s'est fait promettre une récompense, il n'y a plus délit mais crime : la peine est la réclusion. Elle frappe le suborneur au même titre que le suborné.

Il n'existe aucune définition légale du faux témoignage. Selon Le Poittevin (22), c'est : « le fait par un individu de faire en justice un témoignage contraire à la vérité, avec l'intention d'égarer la justice ». Pour Garraud (23), il y a faux témoignage « dans le fait de celui qui, légalement appelé à déposer en qualité de témoin dans un procès civil ou pénal, affirme sciemment une chose fausse ou nie sciemment une chose vraie et cause ainsi effectivement ou éventuellement un préjudice à autrui ». On reconnaît généralement que l'altération de la vérité devant les Tribunaux n'est punissable que si elle réunit les quatre caractères suivants : 1°) il faut un témoignage en justice ; 2°) un témoignage qui comporte une altération de la vérité ; 3°) une altération de la vérité de nature à causer un préjudice et 4°) une altération de la vérité faite avec l'intention d'égarer les juges.

1°) *Il faut un témoignage en justice* : Il faut donc une déclaration reçue sous la foi du serment. Il s'ensuit qu'un témoin entendu à titre de simple renseignement ne peut être poursuivi pour faux témoignage (24). A l'inverse, un individu frappé de la dégradation civique qui aurait dissimulé sa situa-

(22) *Dictionnaire des Parquets*, V°, Faux-témoignage.

(23) Garraud, *Traité Théorique et Pratique de Droit Pénal*, Tome V, n° 2.015, p. 296.

(24) *Crim.*, 19 février 1886, *B. C.*, n° 65.

tion légale et se serait fait admettre à déposer sous la foi du serment, commet le délit (25).

Dans le système français, le faux témoignage n'est pas autre chose que le faux serment ; c'est en réalité le parjure qui est puni. Les témoins indignes peuvent mentir ; ils sont assurés de l'impunité ! Plus logique apparaissait le Code Pénal Italien de 1883 qui, dans son article 214, stipulait ceci : « Quiconque, en déposant comme témoin devant l'autorité judiciaire affirme ce qui est faux ou nie ce qui est vrai ou tait en tout ou en partie ce qu'il sait sur les faits sur lesquels il est interrogé est puni de la réclusion... Si la déposition a été faite sans serment, la peine est diminuée d'un sixième à un tiers » (26).

Il faut encore que ce témoignage soit reçu en justice, c'est-à-dire au cours d'une enquête destinée à éclairer la religion du tribunal. Dès lors que la déclaration est de nature à former l'un des éléments de la décision de la juridiction de jugement, peu importe qu'elle ait porté sur un fait non coté en preuve et qu'elle ait été faite spontanément, sans avoir été provoquée par une interpellation du juge (27).

2°) *Il faut une altération volontaire de la vérité* : Cette altération doit avoir trait au fond du débat et avoir pour résultat d'établir ou de détruire la preuve des faits prétendus par les parties. Le mensonge n'est pas délictueux s'il porte sur une circonstance étrangère au procès. Cette distinction entre les circonstances essentielles ou secondaires est une question de fait laissée à l'appréciation du juge. Son critérium est simple : le mensonge peut-il exercer une influence sur l'issue du procès ?

En quoi consiste l'altération de la vérité ? Elle existe cer-

(25) Crim., 10 mai 1861, S. 62.1.330.

(26) Le Code pénal du 1^{er} juillet 1931 a supprimé le dernier alinéa (art. 372).

(27) Crim., 13 décembre 1913, B. C., n° 556.

tainement lorsque le témoin déclare ne pas savoir alors qu'il sait (28). Une simple réticence peut constituer un faux témoignage si elle modifie gravement le sens de la déposition à laquelle elle est intimement liée ; il n'en est pas de même du refus de répondre. Il n'y a ni affirmation d'un fait mensonger, ni négation d'un fait vrai dans le mutisme complet opposé par un témoin (29). Le délit existe même si le témoin a recours au mensonge pour ne pas s'accuser lui-même (30). C'est trop rigoureux ! Le Code de Procédure Civile Allemand est plus humain ; il autorise le témoin à se récuser, quand la déposition a pour conséquence immédiate un dommage matériel pour lui ou pour ses proches, si elle peut compromettre son honneur ou celui des siens ou si elle les expose à des poursuites criminelles.

Une fausse déclaration d'identité n'est pas délictueuse, car elle précède la prestation de serment et ne fait pas partie du corps de la déposition.

3°) *La fausse déposition doit être de nature à occasionner un préjudice à l'une des parties* : Elle cesse d'être punissable si elle est étrangère aux faits de la cause (31), mais il suffit qu'il y ait un préjudice possible ; peu importe qu'il ne soit pas réalisé, le faux témoignage étant resté sans influence sur la décision du tribunal (32).

A quel moment le faux témoignage est-il consommé ? Lorsque l'enquête a lieu à l'audience, la rétractation est possible jusqu'à la clôture des débats, lisons jusqu'après l'audition du Ministère Public (33). Si l'enquête se déroule devant le

(28) Crim., 12 janvier 1912, *G. P.*, 1912.1.365.

(29) Poitiers, 17 décembre 1919, *G. P.*, 1920.1.237.

(30) Crim., 15 mars 1866, *S.* 66.1.410.

(31) Crim., 30 août 1906, *D.* 1908.1.178.

(32) Crim., 19 juin 1857, *S.* 57.1.865 ; 9 décembre 1864, *B. C.*, 279.

(33) Crim., 15 juin 1877, *S.* 78.1.329.

juge-commissaire, elle doit se faire avant que ce magistrat ait dressé le procès-verbal de clôture de l'enquête (34).

4°) *L'intention frauduleuse est un élément nécessaire* du faux témoignage. Selon Garçon et Le Poittevin, l'intention serait constituée dès qu'il est établi que le témoin a menti sciemment. Il en résulterait une présomption légale d'intention criminelle telle qu'elle n'aurait pas besoin d'être prouvée et n'admettrait pas de preuve contraire. La Cour de Cassation exige davantage : pour caractériser la mauvaise foi du témoin, il faut en outre qu'il ait su que de sa déposition fausse, il devait ou pouvait éventuellement résulter un préjudice pour autrui. Il faut donc une véritable intention dolosive (35).

La subornation de témoins est considérée comme un mode spécial de complicité par provocation du faux témoignage. Elle n'est punissable que si une fausse déposition a été faite en justice. Il peut cependant y avoir condamnation du suborneur en cas d'absolution du témoin, pourvu que le fait du faux témoignage ait été déclaré constant (36).

Cette complicité particulière n'a pas besoin d'être accomplie par un des moyens énumérés dans l'article 60 du Code Pénal. Il suffit qu'il y ait emploi de suggestions ou d'excitations dolosives adressées à des personnes appelées à déposer et de nature à les amener à faire des déclarations contraires à la vérité (37). Il n'est pas nécessaire qu'il y ait eu remise d'argent, récompenses ou promesses faites. Ces circonstances sont simplement aggravantes, elles ne sont pas constitutives du délit (38). Elles ont, avons-nous dit, pour effet de trans-

(34) Crim., 6 juillet 1938, *G. P.*, 38.2.550.

(35) Crim., 18 novembre 1932, *G. P.*, 33.1.97 ; 31 mai 1935, *G. P.*, 35.2.310.

(36) Crim., 23 janvier 1891, *D.* 91.1.326.

(37) Crim., 23 mars 1939, *G. P.*, 39.1.780 ; 8 mars 1934, *G. P.*, 34.1.710.

(38) Crim., 24 janvier 1919, *B. C.*, 1919.39.

former le délit en crime et de rendre le faux témoin comme le suborneur, passibles de la réclusion. Qu'est-ce qu'une suggestion ou une excitation dolosive ? Il semble qu'il faille plus qu'une simple suggestion, il faut une pression véritable, une impulsion plus déterminante (39).

Si le faux témoignage est toujours répugnant et nuisible, combien n'apparaît-il pas encore plus méprisable lorsqu'il est stipendié ? Y a-t-il tant d'individus prêts à servir de témoins pour les Chicaneau actuels et « qui jurent pour eux lorsqu'ils en ont besoin » ? C'est peu probable, mais personne ne les plaindra si un juste châtiment les frappe.

*
* *

§ 4. — UNE IMPORTANTE EXCEPTION : LE SECRET PROFESSIONNEL

Sont exceptées en partie de ces obligations les personnes qui sont astreintes au secret professionnel et qui ne peuvent le trahir sans manquer à un devoir de conscience et sans commettre en même temps le délit prévu par l'article 378 du Code Pénal. Nous disons en partie parce que, si elles ne sont pas tenues de déposer, elles sont du moins tenues de comparaître et de prêter serment (40).

On pourrait croire qu'il s'agit d'une simple dispense, dont le confident serait seul juge. Il n'en est rien. S'il est vrai que le témoin apprécie s'il doit se retrancher derrière le secret professionnel ou déposer à ses risques et périls, sans avoir à justifier des causes de son refus, sa conscience, pourrait-on dire, ne juge qu'en premier ressort. Le débat est définitivement tranché par le tribunal. Celui-ci a le droit de ne pas admettre le refus du témoin, s'il lui a été demandé de répondre à des

(39) Crim., 28 février 1914, *B. C.*, 1914.230.

(40) Crim., 7 mars 1924, *G. P.*, 1924.1.754.

questions précises qui ne peuvent être couvertes par le secret professionnel (41). Plus souvent, si le témoignage du confident a été reçu, il décide de n'en tenir aucun compte.

Selon la jurisprudence en effet, l'obligation au secret professionnel a un caractère d'ordre public : elle est imposée à certaines personnes comme un devoir de leur état, le législateur ayant entendu assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions ou fonctions. La conséquence ? Si, en contravention de ce principe, la déposition est faite, elle doit être considérée comme nulle et non avenue ; le juge doit l'écarter du débat et former sa conviction comme si elle n'avait pas été produite (42). La Cour de Cassation a ainsi rejeté le témoignage d'un médecin étranger, qui avait été entendu à l'étranger en vertu d'une commission rogatoire et avait déposé conformément à la loi locale qui admettait sa déposition (43). Le secret professionnel crée donc non pas une dispense, mais une incapacité véritable, sanctionnée par une nullité d'ordre public et fondée sur un intérêt social primordial.

Des critiques sévères se sont élevées, en Doctrine (44), contre cette notion d'incapacité ; elle n'est inscrite nulle part dans la loi ! La Jurisprudence invoque les termes absolus de l'article 378 C. P. qui punit le délit de révélation de secrets, commis dans l'exercice de certaines professions. On objecte à juste titre qu'elle confond l'indiscrétion volontaire, châtiée par ce texte et la déposition en justice, qui n'est pas spontanée et ne saurait constituer une infraction.... Les travaux

(41) Crim., 15 février 1901, S. 1904.1.201.

(42) Civ., 1^{er} mai 1899, S. 1901.1.161 ; Aix, 19 mars 1902, S. 1904.2.266 ; Crim., 9 mai 1913, S. 1914.1.169 ; Req., 17 juin 1927, G. P., 2.456.

(43) Req., 22 novembre 1916, S. 19.1.121.

(44) Cf. Glasson, Morel et Tissier, *op. cit.*, p. 771 ; A. Perraud-Charmantier, *Le Secret professionnel, Ses limites, Ses abus*, Prix Odilon Barrot, Paris, 1926.

préparatoires de 1810 démontrent que le législateur n'avait en vue que les révélations scandaleuses. Il a inséré son texte dans la rubrique qui réprime les calomnies et les injures. Il est manifeste qu'il a cherché une protection contre les révélations nuisibles, susceptibles de préjudicier à la réputation des clients qui se confient, et non contre les simples indiscretions qui ne sont pas préjudiciables ou qui sont favorables à leurs intérêts. Mais depuis le célèbre arrêt Watelet (45), où elle a admis que l'intention de nuire n'était pas un élément essentiel de la violation du secret professionnel, la Cour de Cassation a cru devoir pousser la règle jusqu'à décider que l'article 378 défendait de révéler, même en justice, ce qui avait été confié.

On conviendra aisément avec Glasson et de nombreux arrétistes (46) que les Tribunaux ont droit à des révélations qui, au profit des tiers, seraient des indiscretions défendues et que la dispense de déposer en justice doit être moins étendue dans son objet que l'obligation de ne pas révéler spontanément ce qu'on a appris, sous la condition du secret, dans l'exercice de sa profession.

Quelles sont donc les personnes tenues au secret professionnel et à quels faits s'applique-t-il ?

L'article 378 comporte une énumération, il vise : « les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie ». De toute évidence, il est purement énonciatif. La jurisprudence a accru d'une manière considérable le nombre des obligés au secret professionnel : ce sont les prêtres et ministres des divers cultes, pour tous les faits qui leur sont

(45) Crim., 19 décembre 1885, S. 86.1.86.

(46) Esmein, Note au S. 1901.1.161 ; Perreau, Note au S. 1918-19.1.121 ; Roux, Note au S. 1905.1.297 ; Naquet, Note au S. 1918-19.1.9.

confiés dans l'exercice exclusif de leur ministère, en dehors même de la confession (47), les magistrats, à qui leur serment interdit de révéler quoi que ce soit du délibéré, d'une instruction ou d'une conciliation (48), les notaires, confidents des secrets des familles à tous les stades de la vie juridique, « confesseurs judiciaires » tenus pour tout ce qui parvient à leur connaissance en raison de leurs fonctions, en dehors de tout secret conventionnellement imposé, à condition qu'il s'agisse d'actes rentrant dans leurs attributions (49) ; les avocats, inscrits à un barreau (non pas les avocats-conseils qui sont, comme les agents d'affaires, de simples mandataires), les avocats qui, parce qu'ils bénéficient de la foi la plus intime des clients qui leur confient la défense de leur honneur, de leur fortune ou de leur vie, doivent taire toutes les confidences verbales ou écrites qu'ils ont reçues, fût-ce de tierces personnes (50) ; les avoués, les agréés (51), les agents de change, les directeurs et les internes des hôpitaux, les agents des P. T. T. liés par leur serment de garder la foi due aux correspondances (52)...

Des lois spéciales ont encore allongé cette liste avec les inspecteurs du travail (art. 102, Livre II Code du Travail), le personnel de l'Assistance Publique (Loi du 27 juin 1904), les inspecteurs des établissements dangereux, insalubres ou incommodes (Loi du 19 déc. 1917), etc... La Jurisprudence sur-

(47) Crim., 4 décembre 1891, S. 92.1.473.

(48) Crim., 18 août 1882, S. 85.1.141 ; Toulouse, 1^{er} août 1893, D. 94.2.90 ; Ruffec, 6 avril 1905, D. 1905.5.48.

(49) Civ., 23 novembre 1932, S. 33.1.43 ; Bordeaux, 3 juin 1926, S. 1926.2.85 ; Toulouse, 30 mars 1898, S. 98.2.266 ; Montpellier, 31 décembre 1894, S. 97.2.169.

(50) Poitiers, 31 décembre 1918, D. 1920.2.59 ; Paris, 6 novembre 1916, S. 18.2.116.

(51) Rouen, 17 décembre 1858, D. 59.2.163 ; Crim., 20 mars 1899, D. 1900.1.25.

(52) Crim., 5 novembre 1903, D. 1904.1.25.

tout a étendu la notion de secret professionnel à des cas qui ne sont pas assimilables à celui de ces confidents nécessaires que sont le médecin, l'avocat, le notaire..., par exemple aux inspecteurs de la sûreté et aux commissaires de police (53), aux employés de banque (54). On a vu les agents d'affaires, les courtiers d'assurances, les journalistes, les concierges invoquer le secret... en général vainement, reconnaissons-le. Cela suffit néanmoins à souligner l'extension abusive d'un texte qui a pour but de faire respecter le secret dans des professions, qui réclament la confiance totale des clients, mais non de paralyser la recherche de la vérité.

Diverses conséquences sont nées de la conception absolue du secret professionnel, dont certaines sont nettement abusives. On admet que l'obligation existe pour tout ce qu'il a été donné d'apprendre, de voir, d'entendre, de comprendre dans l'exercice de la profession et non seulement pour ce qui a été confié sous le sceau du secret. C'est l'application du serment millénaire d'Hippocrate : « *Silentio involbeam et tanquam arcana estimabo visu aut auditu aut intellectu...* ». De là, est sortie la théorie des faits secrets par nature, ceux qui exigent la discrétion, sans que celle-ci ait fait l'objet d'une demande formelle. Ainsi le nom même du client qui a pénétré dans un cabinet d'avocat doit rester secret. Le notaire aura le devoir de taire, non seulement les circonstances qui ont entouré la rédaction d'un acte authentique, mais les pourparlers qui l'ont précédée, les conventions sous seings privés qui l'ont accompagnée. Cette extrême délicatesse est, nous le reconnaissons volontiers, très légitime dans les professions de ceux qui sont vraiment des confidents nécessaires.

Il est par contre choquant que le témoin ne puisse être relevé du secret par celui qui a fait la confidence, malgré l'in-

(53) Crim., 6 juillet 1894, D. P., 99.1.171 ; 4 avril 1924, D. 1925.1.10.

(54) Seine, 23 décembre 1931, G. P., 32.1.451.

térêt que ce dernier peut avoir à la déposition. L'honneur professionnel prévaut sur l'intérêt du client. C'est le mot d'ordre, lancé par l'unanimité de la doctrine médicale et si bien synthétisé par le professeur Brouardel : « Le silence quand même et toujours ». Il est piquant de noter que, si pour le prêtre, l'avocat, le notaire, la jurisprudence n'a jamais admis que le déposant puisse délier le dépositaire du secret, la prohibition a cessé d'être absolue pour les médecins. Après avoir décidé naguère que nul ne pouvait lever l'obligation du secret médical (55), les arrêts se prononcent aujourd'hui en général pour la levée (56). L'autorisation tacite est suffisante. La faculté est strictement personnelle au malade ; elle n'appartient pas aux tiers, qui n'ont pas davantage le droit de s'opposer à la révélation du secret, sous le faux prétexte que ce secret serait absolu « *erga omnes* » (57). Les héritiers du malade peuvent-ils jouir de cette faculté ? Il y a des divergences sur ce point (58) ; cependant une jurisprudence récente reconnaît aux ayants droit de la victime d'une maladie professionnelle le droit de délier le médecin du secret (59). Ainsi, une conception beaucoup plus libérale du secret médical se fait jour peu à peu : le secret a été institué dans l'intérêt des familles, pour éviter l'intrusion des tiers dans leur vie privée. Si la divulgation du fait, confié au médecin, n'est pas susceptible de causer un dommage de quelque nature au malade et si celui-ci n'a pas d'intérêt à ce que le médecin garde le silence, on admet que ce dernier peut divulguer le fait, qui n'apparaît plus comme un secret. Il y a loin de cette

(55) Besançon, 27 février 1887, S. 87.2.94 ; Rennes, 12 juin 1903, D. 1905.2.321.

(56) Req., 26 mai 1914, S. 1918-19.1.9 ; Lyon, 16 juin 1909, S. 1911.2.73 ; Besançon, 7 juin 1899, S. 1901.2.108.

(57) Orléans, 19 novembre 1929, G. P., 30.1.17.

(58) *Contra* : Montpellier, 7 mars 1928, G. P. 28.2.158.

(59) Civ., 13 juillet 1936, G. P., 1936.2.727.

notion raisonnable à la doctrine absolutiste, qui n'est hélas pas morte (60).

La même régression ou plutôt le même progrès s'observe dans la question de la délivrance des certificats et de leur opposabilité en justice; c'est évidemment la brèche par laquelle se démolit le mieux le secret absolu. Nous n'en parlons ici que parce qu'elle favorise le développement du témoignage en justice. La Jurisprudence, jadis constante en ce sens que tout certificat médical devait être rejeté dès débats, de même qu'aucun témoignage de médecin ne pouvait servir de base à une décision judiciaire, a d'abord admis qu'une partie pouvait faire usage du certificat, délivré par le docteur qui l'avait soignée (61). Cela ne permettait pas aux tiers d'obtenir et d'utiliser un certificat du médecin traitant sans le consentement de l'intéressé. Un pas nouveau a été franchi par la Cour de Cassation (62) : sur un procès en nullité de testament pour insanité d'esprit, elle a autorisé l'utilisation d'un certificat qui ne spécifiait pas la maladie de la testatrice et qui était purement négatif. Elle a consacré une fois de plus la distinction féconde entre la révélation susceptible de préjudicier à celui qui s'est confié et la manifestation d'un fait que le déposant n'aurait eu aucun intérêt à cacher. Comment pourrait-il y avoir, dans cette hypothèse, une violation de secret punissable ?

Entre les partisans de la levée du secret professionnel et ceux qui la refusent, une troisième opinion, intermédiaire, est apparue (63) : selon elle, le médecin, délié par son client,

(60) Colmar, 10 novembre 1931, *Revue Alsace-Lorraine*, 1932.480, et 16 juin 1939, *G. P.* 39.2.342 ; Meaux, 22 novembre 1923, *S.* 24.2.48 ; Aix, 19 mars 1902, *S.* 1904.2.266.

(61) Req., 26 mai 1914 ; 16 juillet 1914, *S.* 1918-19.1.9.

(62) Civ., 29 mars 1927, *G. P.*, 27.2.203.

(63) Crim., 18 août 1882, *D.* 83.1.46 ; Toulouse, 30 mars 1898, *S.* 98.2.254 ; Voir aussi : Esmein, Note au *S.* 1901.1.61.

peut parler ou se taire. Sa conscience devra seule le guider dans cette option. Son consentement en tout cas est aussi nécessaire à la levée du secret qu'à sa formation.

Cette thèse est excellente ; deux consentements ont fait le secret. Il pourra être défait, si les deux parties sont d'accord. Il est aussi incomplet de donner pour unique fondement au secret professionnel l'honneur de la profession que l'intérêt des particuliers. C'est à la fois le client qu'il protège contre les indiscretions et le confident auquel il assure une foi qu'aucune indélicatesse ne viendra démentir. Il garantit ensemble la tranquillité des familles et la dignité des corporations. Celui qui s'est confié peut se méprendre sur son propre intérêt, ne pas percevoir la gravité des révélations qu'il sollicite, apprécier le problème avec légèreté de conscience. Les nécessités d'un certain ordre social sont respectées si le confident, même délié, a la possibilité de se récuser.

Malgré ces tentatives récentes pour ramener le secret professionnel à de justes limites, il demeure que l'article 378 C. P. a connu un succès démesuré ; par le caractère absolu que la majorité de la jurisprudence lui reconnaît, par le grand nombre de témoins dispensés, par le plus grand nombre de faits admis au secret, il a créé plus qu'une exception, en soi légitime, à l'obligation de déposer, un obstacle supplémentaire sur le sentier déjà rocailleux de la découverte de la vérité. Il importera donc que nous tentions de le surmonter.

SECTION II

LES CONDITIONS DE RÉCEPTION DU TÉMOIGNAGE

Notre dessein, répétons-le, n'est pas de dresser un tableau complet de la réglementation de l'enquête. Il est de rechercher dans ses formes actuelles, celles qui facilitent ou qui paralysent la transmission de la photographie exacte des faits, la fidélité du témoignage.

Nous axerons cette étude sur l'enquête ordinaire en analysant ses caractères et en précisant les modes exacts d'audition du témoin. Nous ne dirons que quelques mots des particularités de l'enquête sommaire. Pourquoi ? parce que l'enquête ordinaire est l'enquête normale, la règle devant les tribunaux civils, celle que les rédacteurs du Code de 1806 se sont complus à réglementer. En pratique d'ailleurs, la disproportion entre les deux types d'enquête apparaît, d'après la statistique judiciaire, très saisissante (1).

La procédure sommaire est une procédure plus rapide et moins coûteuse, instituée pour les affaires simples, qui exigent

(1) En 1909, sur 15.093 jugements ordonnant une enquête, 13.512 enquêtes vont devant un juge, 1.581 à l'audience. En 1910, sur 14.716 enquêtes, il y a 13.076 enquêtes ordinaires et 1.640 enquêtes sommaires. En 1911, sur 15.746, la proportion est de 14.461 et 1.285.

célérité ou de peu d'importance. Seront réputées matières sommaires selon l'article 404 C. P. C. : « les appels des juges de paix, — les demandes pures personnelles, à quelque somme qu'elles puissent monter, quand il y a titre, pourvu qu'il ne soit pas contesté, — les demandes formées sans titre lorsqu'elles n'excèdent pas sept mille cinq cents francs, — les demandes provisoires ou qui requièrent célérité, — les demandes en paiement de loyers et fermages et arrérages de rentes ». Les trois idées directrices se retrouvent en ce texte : simplicité, modicité du taux, besoin de rapidité.

Nos commentaires ne peuvent qu'être brefs. Les appels de paix ? On a voulu éviter en appel les complications écartées en premier ressort. La demande incontestée ? Cela s'entend à la fois de l'écrit reconnu sincère et de la créance reconnue valable. Les demandes formées sans titre ? On convient que la disposition s'étend à toutes les affaires, mobilières ou non, qui sont tranchées en dernier ressort par les tribunaux civils. Il y a d'autres affaires sommaires que celles mentionnées par l'article 404 ; ce sont celles qu'un texte spécial institue expressément, par exemple la loi du 10 août 1881 sur les chemins communaux, la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail. La formule du législateur est en ce cas ainsi libellée : « l'affaire sera instruite et jugée comme en matière sommaire, ou sommairement ou sur simple acte ». Ces diverses expressions tendent toujours à simplifier la procédure de litiges simples, en écho au vieil axiome : « à peu de chose, peu de plaid ».

CHAPITRE IV

LES CARACTERES DE L'ENQUETE ORDINAIRE

Les auteurs ont coutume d'attribuer à l'enquête ordinaire les caractères suivants : elle est incidente, elle est secrète et par suite écrite, elle est formaliste. Nous nous conformerons à ce plan classique ; il spécifie fort bien les traits essentiels de l'enquête ordinaire ; mais ceux-ci apparaissent tellement comme le legs des ordonnances royales qu'il est impossible d'aborder leur examen et leur critique, sans remonter à leurs sources dans l'Ancien Droit.

*
* *

§ 1^{er}. — L'ENQUÊTE ORDINAIRE EST INCIDENTE

L'article 252 C. P. C. suppose l'enquête incidente, puisqu'elle doit être demandée par acte d'avoué à avoué, ce qui implique de toute évidence un procès engagé. Mais le Code de Procédure ne voit-il dans l'enquête qu'un incident ? Permet-il une enquête principale ? Autorise-t-il, en dehors de toute instance, la preuve par témoins d'un fait que l'on croit utile d'établir pour en tirer plus tard telle conséquence qui conviendra ?

Une large controverse s'est instituée en Doctrine. Avant de l'exposer, notons ces deux points indiscutables : le Code ne

réglemente que l'enquête ordonnée au cours d'une instance, à l'occasion d'un litige né et actuel. D'autre part il est muet sur toute autre forme d'enquête, donc sur l'enquête principale que nous appellerons de son nom historique : l'enquête à futur. Ce silence équivaut-il à une interdiction ?

Un fait est certain : lors de la rédaction du Code, l'enquête à futur était en grande défaveur. A la suite des abus flagrants de cette pratique, l'ordonnance de 1667 avait prononcé son interdiction absolue. Quelle est son origine ? nous la trouvons encore dans le Droit Canonique, qui s'est fondé sur une interprétation inexacte du Droit Romain.

A) *L'enquête à futur dans l'Ancien Droit.*

Les canonistes accordaient à toute personne le droit de requérir une audition de témoins « *ante litem contestatam* » quand certains dangers menaçaient ce moyen de preuve : départ des témoins, affaiblissement de leurs facultés... Aucune condition n'était exigée de celui qui aurait été défendeur. De la part du demandeur ? il fallait qu'il se trouvât dans l'impossibilité d'agir. L'enquête à futur se réalisait sans l'observation des formalités habituelles, en l'absence de l'adversaire. Si son bénéficiaire était celui qui aurait été demandeur au procès, ce dernier devait la dénoncer dans l'année à son adversaire ou intenter l'action, sous peine de ne pas pouvoir utiliser les témoignages. Aucun délai par contre n'était imposé au défendeur, puisqu'il ne pouvait pas prendre les devants (2).

Pour justifier cette enquête « *ad conservendam memoriam proeteritorum* », les canonistes invoquaient certains textes du Code de Justinien et du Digeste. Germer-Durand (3) a très bien montré qu'aucun d'eux ne visait un examen à futur,

(2) Glasson, *Sources*, p. 53.

(3) Germer-Durand, *Les enquêtes à futur*, Thèse, Paris, 1907, p. 12.

c'est-à-dire l'établissement de la preuve avant l'exercice du droit et qu'ils correspondaient en réalité à une contestation déjà née, au cours de laquelle les témoins étaient entendus. Ainsi le texte de la Loi Aquilia (4) : un créancier, dont le titre établissant une créance conditionnelle est détruit et qui redoute qu'au moment où la condition sera réalisée, les témoins n'existent plus, peut faire entendre les témoins de suite et obtenir une condamnation conditionnelle. Il y a là un procès actuel, si l'exécution du jugement est suspendue. Ce n'est pas une enquête *in futurum* !

Cette invention des canonistes est passée dans la pratique des tribunaux civils. Aussi voyons-nous Charles VIII, dans l'article 58 de son Edit de 1493, proclamer : « Quand les témoins dont quelqu'un entend s'aider sont vieux ou valétudinaires ou en disposition de s'absenter pour longtemps, il peut obtenir lettres pour faire examiner ses témoins, afin que leurs dépositions lui servent de preuve et perpétuelle mémoire de la chose dont est question en la cause même ou à mouvoir contre celui à l'encontre duquel il les fait examiner ». Il était nécessaire de solliciter l'autorisation, moyennant finances, à la Chancellerie du Parlement auquel on ressortissait ; elle était accordée sous forme de « lettres royaux ». Imbert nous apprend que : « le juge ou commissaire qui aura fait le dit examen tiendra icellui clos et secret jusqu'à ce qu'il soit mestier le produire... » (5). Nous lisons plus loin : « Quand celui qui veult intenter l'action, a fait faire le dit examen, il doit intenter son action dedans l'an après le dit examen fait ; autrement il ne peut s'aider du dit examen... Si les témoins sont encore vivants au temps de l'enquête faite après contestation en cause, il faut les faire recoller et reoyr... S'ils étaient morts ou absents au temps de l'enquête, le juge de la

(4) Digeste, Livre IX, Titre II, *Ad legem aquiliam*, 40.

(5) Imbert, *op. cit.*, p. 97.

cause devrait avoir regard à leurs dépositions et recevoir aussi la partie adverse à bailler contre les dits témoins tels objets que de raison ».

L'enquête à futur était donc entourée de certaines garanties qui, si elles eussent été respectées, constituaient une sauvegarde suffisante surtout à une époque où la preuve testimoniale était admise sans obstacles. Mais les plaideurs en profitaient pour éluder la contradiction en n'assignant pas la partie qui devait être leur adversaire sur le procès éventuel. Avec la réaction de l'ordonnance de Moulins de février 1566, exigeant un écrit pour toutes choses dépassant cent livres, un nouveau danger surgissait ; n'était-ce point un moyen commode de tourner la prohibition de la preuve testimoniale ?

Le péril n'était point hypothétique, si l'on en croit les véhémentes critiques par lesquelles le président de Lamoignon devait condamner l'enquête à futur, lors de la rédaction de l'ordonnance de 1667, et qui allaient entraîner sa suppression radicale : « Les défenses d'ouvrir les enquêtes, avant que les faits ne soient reçus, n'empêchent jamais qu'on ne sache ce qu'elles contiennent et qu'elles fassent impression très forte sur l'esprit du juge. Les juges sollicitent eux-mêmes de voir la pièce dans le sac au greffe, comme si elle pouvait servir à leur instruction ». Lamoignon ajoutait ces autres griefs : « Les lettres s'accordent dans toutes les chancelleries du royaume sans aucune connaissance de cause. On voit tous les jours des témoins moribonds recouvrer la santé et de grands voyageurs de retour de voyage, aussitôt la déposition achevée » (6).

Ces abus expliquent le titre XIII de l'ordonnance : « Abrogeons toutes enquêtes d'examen à futur et défendons à tous juges de les ordonner ni d'y avoir égard à peine de nullité ».

(6) Bornier, *Procès-verbal des Conférences tenues par ordre du roi pour l'examen des articles de l'Ordonnance Civile du mois d'avril 1667*.

B) L'enquête à futur depuis le C. P. C.

De ce rapide historique, il faut déduire que les législateurs de 1806, tout imprégnés de l'ordonnance de 1667, leur vraie source d'inspiration, n'ont traité par prétérition le problème de l'enquête à futur que parce qu'ils entendaient ne pas faire revivre une pratique abusive. Est-ce assez pour affirmer que le Code de Procédure défend l'enquête principale ? Certes non ! Si on prend à la lettre l'article 1041 C. P. C. qui abroge toutes lois, coutumes, usages et règlements relatifs à la procédure civile, on doit conclure que l'ordonnance de 1667 et la prohibition qu'elle renferme sont sans valeur légale. L'enquête à futur ne serait donc plus défendue !

De nombreux auteurs admettent sa légalité (7). Leurs arguments ? le silence du Code ne permet pas d'écarter l'action de celui qui veut conserver une preuve en vue de l'avenir... notre procédure est favorable aux mesures conservatrices (art. 1180 Code Civil et 125 C. P. C.) : la loi autorise la vérification d'écritures à titre principal. Et les adversaires de répondre aisément (8) : pourquoi sans un texte spécial autoriser une exception à la règle formelle de l'intérêt né et actuel ? Il y a précisément un article 193 C. P. C. pour permettre la vérification d'écritures, article exorbitant du droit commun, donc restrictif... On ne peut assimiler à une mesure conservatoire qui est le moyen de sauvegarder un droit né, l'enquête à futur qui cherche à conserver un moyen de preuve, destiné à établir un droit prétendu... Le débat n'est pas clos. Il ne le sera pas tant qu'une disposition expresse n'aura pas marqué la volonté du législateur.

La Jurisprudence n'a eu que peu d'occasions de se prononcer ; dans les rares espèces où elle a statué, elle s'est

(7) Voir notamment : Garsonnet et Cézard-Bru, p. 546 ; Glasson, Morel et Tissier, p. 761 ; Boitard, Bonnier, Rodière.

(8) Bioche, Chauveau et Carré, Boncenne, Rousseau.

montrée plutôt favorable à l'enquête à futur. Un arrêt de Besançon (9) a autorisé le propriétaire d'un fonds, qui avait lieu de craindre que les travaux entrepris par un voisin ne nuisent à sa source, à établir par témoins à titre conservatoire l'état passé et actuel de cette source. Plus récemment, une ordonnance de référés a prescrit l'audition immédiate d'un témoin très âgé et malade, malgré l'appel du jugement qui avait statué sur l'enquête (10). Nous dirons plus loin combien cette décision ouvre une voie intéressante. Il faut reconnaître cependant que la tendance générale de la Jurisprudence est hostile à toute mesure d'instruction, préalable au procès. Au fond : elle n'admet pas l'expertise sollicitée en dehors d'une demande principale (11) ; elle rejette toutes preuves fournies sans que les parties aient été appelées à y contredire (12) ; elle écarte le faux principal pour s'en tenir au faux-incident civil (13). On ne peut donc parler d'une jurisprudence ferme sur l'enquête à futur.

Cette controverse doctrinale, ces tendances contraires de la jurisprudence ne fournissent pas de solution nette. Le problème néanmoins existe. En quels termes se pose-t-il ?

c) Nécessité de l'enquête à futur.

Il peut y avoir un grand intérêt à recueillir des dépositions en vue d'un litige futur, si on a des raisons de redouter que les témoins ne puissent plus être entendus quand le procès s'engagera. La preuve testimoniale est périssable comme l'homme même ; elle peut disparaître avant lui par l'effet de son éloi-

(9) Besançon, 31 août 1844, S. 45.2.626, D. 46.2.28.

(10) Tr. de Tulle, 1^{er} juillet 1926, G. P., 26.2.578.

(11) Req., 25 octobre 1886, D. 87.1.164.

(12) Civ., 25 mai 1886, D. 87.1.488 ; Civ., 20 novembre 1889, D. 90.1.54 ; Civ., 6 juillet 1885, S. 86.1.204.

(13) Rapp. Civ., 14 janvier 1885, S. 88.1.63.

gnement, l'altération de ses facultés. Or, l'efficacité d'un droit est subordonnée à la preuve des faits sur lesquels il repose. S'il y a menace de voir cette preuve dépérir avant que la contestation naisse, il faut en bonne justice trouver un moyen de prévenir sa disparition. La seule mesure de préservation possible consiste dans l'audition immédiate du témoin et la consignation écrite de sa déposition.

On n'a pas manqué de suggérer et d'utiliser divers expédients. Aucun n'est satisfaisant. On peut recourir à un notaire, mais il faut réunir le consentement des témoins et de la partie adverse et il n'y a aucun moyen de contrainte. En outre cette relation des témoignages entendus ne vaudra jamais comme acte authentique car elle excède la mission des notaires. Que reste-t-il ? un certificat où le notaire rapporte des faits qu'il a connus par ouï-dire. Ce ne peut être un élément légal de conviction. Le recours au ministère de l'huissier n'est pas moins inefficace ; cet officier ministériel a pour attributions de faire des exploits ou significations et d'exécuter les jugements mais les procès-verbaux de constat, qu'il dresse à la requête d'un client, ne peuvent faire foi (14).

La pratique la plus courante consiste à dissimuler l'enquête sous l'expertise qu'on sollicite en référé. Le président désigne comme expert un homme de confiance et lui donne pour mission de s'entourer de tous renseignements utiles, c'est-à-dire de recueillir des dépositions qui seront utilisées plus tard sur le procès. La Jurisprudence s'est insurgée contre cette manière d'agir, « ce mode d'instruction étant, dit-elle, inutile pour les vérifications matérielles à opérer et étant de nature à préjuger le fond de la contestation » (15) ; le procédé reste néanmoins usuel. Il est dangereux, car il ne permet aucune

(14) Paris, 29 mai 1892, D. 93.2.473 ; Lyon, 24 mai 1928, *G. P.*, 1928. 2.676 ; Rouen, 23 janvier 1930, *Recueil Rouen et Caen*, 1930.1.71.

(15) Bordeaux, 15 février 1890, D. 91.2.103.

critique testimoniale. Pourquoi ne pas autoriser franchement l'enquête ?

L'histoire révèle les abus de l'enquête à futur dans l'Ancien Droit : absence de contradiction, moyen commode de tourner la limitation de la preuve testimoniale, danger de préjuger le fond et en particulier l'admissibilité du témoignage, urgence invoquée sans nécessité véritable et dans le seul but de fraude. Ne méconnaissons pas ces risques ; ils ne sont pas cependant inévitables. En attendant de définir les modalités d'une enquête principale qui corrige ces abus trop certains, retenons que si le Code de Procédure ne défend pas de façon formelle l'enquête à futur, il ne prévoit et ne réglemente que l'enquête incidente, greffée sur un procès en cours. C'est bien, mais c'est trop peu.

*
* *

§ 2. — L'ENQUÊTE ORDINAIRE EST SECRÈTE

Par dérogation à la règle de la publicité des débats judiciaires, fondamentale en matière civile, l'enquête ordinaire est secrète : la déposition a lieu, non pas à l'audience, en présence de tous les juges et du public, mais à huis-clos, dans une salle particulière, devant un juge-commissaire et les parties seules. L'enquête du même coup est écrite nécessairement, puisque le Tribunal n'entend pas les témoins ; il ne connaît leurs déclarations que de façon médiate, par un procès-verbal sec, incolore, incomplet.

A) *Origines de l'enquête secrète.*

D'où vient cette procédure ? Elle a été empruntée au Droit Canonique par l'ordonnance de 1667 et recueillie ainsi par le Code de 1806. Elle n'est pas l'effet d'une tradition immémoriale, car, avant les ordonnances, le Droit Romain et le Moyen âge n'ont pratiqué que l'enquête orale, à l'exception des tri-

bunaux d'Eglise. C'est cette tradition française de l'oralité que saluait le Chancelier de L'Hospital quand il écrivait : « On ne savait alors ce que c'était de plaider par écrit et produire devant les juges. Les causes, comme anciennement à Athènes, puis à Rome, se traitaient à l'audience, les témoins y étaient ouïs, les pièces, titres et instruments étaient lus et examinés et le juge, par l'avis du conseil y assistant, donnait son jugement » (16).

A Rome tout témoignage qui n'était pas oral devait être rejeté, et au Moyen âge la publicité est restée la règle. « Jusqu'au xiii^e siècle, la procédure est publique, orale, rigoureusement formaliste et n'emploie guère que la preuve par batailles et par cojureurs » (17). Les gages de bataille ? C'est le duel judiciaire, le combat en champ clos à cheval et avec armures pour les gentilshommes, avec l'écu et le bâton pour les vilains. Non seulement le duel opposait les parties ou leurs champions s'il s'agissait de mineurs, de vieillards, de femmes, de malades, mais il atteignait les témoins : l'adversaire contre lequel ils étaient produits pouvait les provoquer au combat. Les cojureurs ? c'étaient les amis, clients, parents qui venaient jurer non pas sur les faits du procès, mais sur l'honorabilité de la partie et la foi qui lui était due (18). On conçoit que, devant ce danger de mort, les témoins possibles montraient peu d'empressement à se manifester. Il y avait péril à aborder le grand jour de l'audience !

Ceci nous explique la faveur connue par les juridictions ecclésiastiques, en dépit du secret excessif qu'elles imposaient. Selon Montesquieu (19), le développement de l'enquête

(16) Michel de L'Hospital, Tome I, p. 253, des « Œuvres complètes », Ed. Dufey, 1824.

(17) Tardif, *La Procédure Civile et Commerciale aux xiii^e et xiv^e siècles ou Procédure de Transition*, p. 1.

(18) *Id.*, p. 111.

(19) *Esprit des Lois*, L. 28, ch. 34.

secrète dans les justices laïques est le fruit d'une réaction contre le régime du duel judiciaire : on a voulu éviter les provocations qui se produisaient, lorsque les parties et témoins se trouvaient en présence.

Comment se déroulait donc l'enquête canonique ? Les officialités pratiquaient l'audition des témoins, à huis-clos, hors de parties. Celles-ci n'assistaient qu'à la prestation de serment¹ et prenaient seulement connaissance des témoignages par la lecture qu'un clerc en donnait à l'audience. Le juge-commissaire interrogeait chaque témoin « *separatim et seorsum, unusque post alium* ». Il lui indiquait les points, fixés par les « *articuli* » du demandeur, sur lesquels devaient porter ses dires, et provoquait aussi ses réponses aux « *interrogatoria* » ou questions dont le défendeur lui avait remis la liste ; le notaire transcrivait soigneusement les déclarations et notait toutes leurs nuances. Suivant l'expression de Glasson, « l'Eglise a toujours marqué sa préférence pour l'écriture, témoin qui ne meurt pas et qu'on ne corrompt jamais ». L'audition « *in secreto judicis* » lui semblait nécessaire pour garantir l'indépendance des dépositions et mettre leurs auteurs à l'abri des vengeances des plaideurs dépités (20).

C'est cette procédure du Décret de Gratien et des Décrétales de Grégoire IX qui est successivement passée dans les tribunaux laïques féodaux, dans les ordonnances et dans le Code.

Dès 1260, Saint-Louis supprimait le duel judiciaire : « Nous défendons les batailles par tout notre domaine en toutes querelles et en lieu de batailles, nous mettons preuve de témoins ou des chartres, selon le Droit écrit et le Code de pactis ». La résistance des cours seigneuriales ne fut pas vaincue de suite ; mais les bailliages et prévôtés s'employèrent à faire prévaloir les prescriptions royales. L'extension de la compétence ecclésiastique, l'influence du Droit Romain, les

(20) Fournier, *op. cit.*, p. 190.

luttres de la monarchie contre la féodalité et bientôt l'élargissement du domaine de la Couronne aux dimensions de la France allaient faire le reste et permettre de dégager une procédure nationale, qui est notre procédure actuelle.

Il serait curieux de retracer les étapes de cette évolution ; ce n'est pas le lieu. Le formalisme médiéval n'est certes pas mort immédiatement ! Il était si rigide que les témoins étaient obligés de parler par des prolocuteurs, hommes de loi initiés aux subtilités du prétoire, qui étaient chargés de maintenir la concordance exacte de la déposition avec les termes dans lesquels le témoignage était offert ! D'après l'ancienne Coutume d'Amiens, celui qui produisait un témoin devait le tenir par un pan de son surcot. Le prolocuteur en faisait autant. Il prenait ensuite la parole, reproduisait, un à un, les propres mots de la demande et déclarait qu'ils étaient affirmés par le témoin. Celui-ci prêtait alors serment sur l'Evangile (21).

Peu à peu fut assurée la prépondérance des légistes sur les chevaliers, des témoignages sur les arguments frappants, des écritures sur ces solennités rigoureuses et puérides. Les pratiques des officialités imprégnèrent le droit coutumier. Beaumanoir nous apprend qu'après le serment prêté devant les parties, tous les témoins sauf un se retiraient ; l'enquêteur devait les examiner et ouïr chacun à part soi (22). Les dépositions, que l'on se contentait jadis de « confier aux juges en leurs cœurs » furent écrites par des clercs assermentés à partir de la seconde moitié du XIII^e siècle. Le rouleau de l'enquête était scellé et rapporté en justice (23). Bref, on prit au droit canon le bon et le mauvais : la clandestinité des enquêtes et nous l'avons dit, les examens à futur, le système des preuves légales.

(21) Tardif, p. 103 ; Glasson, p. 51.

(22) Coutumes du Beauvaisis, ch. 40, §§ 6, 8, 13, 18.

(23) Beaumanoir, ch. 40, §§ 13, 38 ; Coutumes d'Artois, ch. II, 4, 5.

L'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 établit de façon définitive l'enquête secrète par un juge enquêteur. La grande œuvre, entreprise par Louis XIV en avril 1667 pour coordonner les règles coutumières et les ordonnances, allait consacrer les mêmes principes dans l'article 15 de son titre XXII : « Les témoins ne pourront déposer en la présence des parties, ni même en la présence des autres témoins, aux enquêtes qui ne seront point faites à l'audience mais seront ouïs séparément, sans qu'il y ait autre personne que le juge ou commissaire à faire l'enquête et celui qui écrira la déposition ».

Lors de la réunion des Etats-Généraux, la publicité de la procédure fut réclamée dans les cahiers de tous les bailliages : elle fut d'abord établie au Criminel (Décret du 7 novembre 1789), puis étendue aux affaires de justice de Paix (Décret du 26 octobre 1790). La loi de Brumaire An II marqua la volonté de faire table rase du passé, en supprimant les avoués et la procédure écrite. Elle ne prescrivait rien pour les enquêtes. Un incident naquit à Gournay-en-Bray : le tribunal ayant ordonné que l'audition des témoins s'accomplirait en audience publique, la partie contre laquelle l'enquête était autorisée dénonça ce jugement à la Convention. L'Assemblée décida que la décision déferée était conforme à l'esprit de Brumaire An II et pour ne laisser subsister aucun doute, fit une nouvelle loi, celle du 7 Fructidor An III, dont l'article premier s'exprimait ainsi : « A l'avenir, en toutes matières civiles, dont la connaissance appartient aux tribunaux de district et sans aucune distinction, les témoins seront entendus en audience publique, en présence des parties intéressées ou elles dûment appelées ».

Cette loi de Fructidor posait un principe sage ; mais elle ne déterminait pas ses règles d'exécution. Il ne suffit pas d'abolir et de supprimer ; il faut reconstruire ! D'où une confusion extrême, et la réaction inévitable de l'arrêté des Consuls du 18 Fructidor An VIII, qui ressuscitait le système de l'ordonnance de 1667 et devait inspirer le Code de Napoléon.

Notre système actuel ne s'explique pas si on ne le replace pas dans son cadre historique ; c'est notre excuse à nous attarder à ces évocations.

B) *Avantages et inconvénients de la clandestinité.*

Contre l'enquête publique, l'Archichancelier Cambacérés allégua trois griefs lors de la discussion au Conseil d'Etat : elle impose une contrainte aux témoins, elle compromet la dignité des magistrats, elle demande un temps trop considérable. Ce sont les mêmes critiques qui fleurissaient sur les lèvres du tribun, Périn : « Les témoins seront-ils entendus en public à l'audience ? Non Messieurs, une courte expérience n'a que trop fait sentir les abus qui en résulteraient. Je ne parle pas des inconvenances ni des entraves que ce mode apportait à l'administration de la justice, mais le désordre que cause nécessairement dans l'esprit du témoin l'appareil dont il est environné, est peu propre au recueillement qui lui est nécessaire pour rendre compte de faits souvent éloignés. La crainte de se tromper peut lui imposer silence sur les circonstances peut-être les plus intéressantes ; s'il commet une légère erreur, le murmure qui s'élève autour de lui le déconcerte, l'amour-propre s'irrite et alors, il se croit intéressé à soutenir ce qui, dans son principe, n'a été qu'une erreur involontaire » (24).

Laissons de côté l'argument que l'enquête publique compromet la dignité de la justice. Si cela est, pourquoi l'avoir employée en Cour d'Assises, où le législateur a voulu un appareil qui inspire le plus grand respect ? L'autorité du président suffit, dans tout prétoire, à assurer la police de l'audience et l'indépendance des témoins. Il peut user des larges pouvoirs que lui confèrent les articles 88 et 89 C. P. C.

(24) Cf. Locre, *La Législation Civile, Commerciale et Criminelle de la France*, Tome XXI, pp. 293 et 616.

N'examinons que les deux autres griefs : les témoins déposent avec plus de sincérité en dehors du public qui les intimide et les influence ; l'enquête publique ralentit la marche des tribunaux, qui ne peuvent continuer à juger pendant qu'ils entendent les témoins. Le premier est dénué de fondement ; le second n'est pas décisif.

« Hors la présence du public, les témoins sont plus libres, donc plus véridiques », écrit Locré. C'est une vue superficielle et fausse. Ce n'est pas un argument contre l'erreur et le mensonge qu'il faut dépister. Si le témoin se trouble, perd la tête, il ne dira rien. Normalement, s'il est dès les premiers instants intimidé, il reprend vite son esprit. Or les premiers instants sont consacrés à l'interrogatoire d'identité ; l'assurance sera revenue pour la partie essentielle : le corps de la déposition. Le public laisse d'ordinaire les témoins assez indifférents. Les parties peuvent avoir plus d'action sur eux ; il y a plus de chance d'intimidation dans l'enquête secrète où les témoins subissent l'influence immédiate et exclusive des parties.

La présence du tribunal et de l'auditoire qui surveille la lettre et la portée des dépositions, loin de nuire à la sincérité des témoins, constitue une garantie de vérité. La solennité de l'audience grandit à leurs propres yeux l'importance de leur rôle ; elle les détermine à peser leurs expressions, à ne rien taire de ce qui est vrai, à ne rien dire qui soit faux. Ils en mesurent mieux les conséquences. Boncenne avait raison de dire : « Si la liberté des témoins est celle qui leur permet de dire, non tout ce qu'ils savent, mais tout ce qu'ils veulent, le secret doit leur être avantageux et ils doivent attacher beaucoup de prix à cette attention délicate qui les met à couvert du contrôle et même des regards ». C'est vrai ! La publicité enlève au témoin la liberté fâcheuse de mentir à huis-clos. Concluons avec la juste observation du professeur Bellot : « La contradiction à laquelle il s'expose, la confusion qui le menace, les regards qui le poursuivent lui feraient abandonner la pensée du mensonge, si le grand jour où il est mis le lui

rendait encore possible. La publicité sera ainsi la première des garanties de véracité » (25).

Il est illusoire de prétendre que l'enquête secrète assure une marche plus rapide de la procédure. Elle permet certes de diminuer le nombre des audiences ; c'est important pour les tribunaux encombrés, mais sans intérêt pour ceux qui ne le sont pas. A la vérité, l'expérience du Palais révèle que la lecture des dépositions écrites prend autant de temps au tribunal que l'interrogatoire des témoins en demanderait. Le procès-verbal en effet n'est pas destiné à rester enseveli dans les cartons du greffe. Il fait l'objet, lors des plaidoiries, de longues lectures, parfois répétées, qui s'accompagnent de commentaires, de discussions, de déductions. L'économie des heures est imaginaire ! Le débat est toujours plus concis, plus rapide après une enquête orale.

Nous ne nions pas cependant ce qui est l'écueil de l'enquête publique : la difficulté de recueillir avec soin les dépositions sans perdre trop de temps. Qu'on n'invoque pas l'exemple des tribunaux correctionnels où la cadence des affaires est accélérée ! Les faits sur lesquels on y dépose sont plus simples qu'en matière civile et les notes d'audience sont en général rédigées de façon fort incomplète. Il est possible, verrons-nous, de concilier les bienfaits de la publicité et les exigences du rôle des tribunaux.

Les justifications de Cambacérès sont donc fragiles ; on comprendrait mal autrement que le même législateur ait exclu, en matière sommaire, commerciale et criminelle, un procédé d'enquêtes qui présenterait de tels avantages. Si l'enquête orale trouble les témoins, pourquoi l'employer là où se jouent la vie, l'honneur des personnes, dans les enceintes pénales où les passions sont plus déchaînées que dans les pro-

(25) Bellot, *Exposé des motifs de la loi sur la Procédure Civile de Genève*.

cès civils ? Si l'enquête à l'audience entraîne des lenteurs, pourquoi la réserver aux affaires qui requièrent une plus grande célérité ?

Non seulement, il reste peu de choses à l'actif de l'enquête secrète, mais elle comporte un passif grave ; elle a le grand tort de ne pas impressionner directement les juges du fond. L'interrogatoire par le Juge-commissaire entraîne la constatation par écrit des dépositions ; si parfaite qu'elle puisse être, elle ne traduira jamais leur physionomie, le calme ou le trouble du témoin, son accent de sincérité ou son manque de conviction, son assurance ou l'hésitation de ses affirmations. L'écriture ne rend pas les nuances infinies de la parole, de l'attitude, du geste. « Les témoignages qu'on présente écrits aux juges sont vraiment des témoins sourds qui n'entendent pas, des témoins muets qui ne répondent pas » (26). Ainsi, le secret du Code de Procédure français enlève aux magistrats le moyen le plus simple et le plus puissant de vérifier la sincérité du témoin : l'observation directe. La véracité s'apprécie non seulement par la connaissance de ce qu'il dit, mais par la connaissance de la façon dont il le dit. « Et devrait le juge, conseillait déjà Jean Bouthilier, considérer comment le témoin dépose et déclare et comment il tient manière sans variations, sans blaisir (vaciller), sans trembler et sans muer couleur car ce sont mauvaises présomptions contre la déposition faite par un déposant ». Il faut pour se faire une conviction regarder en même temps qu'on écoute. Or le tribunal ne voit pas. Comment se rendra-t-il compte de l'éducation du témoin, de l'acuité de son esprit, de l'exactitude de sa mémoire, de la justesse de ses expressions, de son caractère léger ou réfléchi, s'il dépose avec sang-froid, sans art, spontanément ou bien s'il y apporte de la gêne, de la passion, du calcul ? Ce ne sont pourtant point des indices négligeables, si les magistrats veulent, comme c'est leur devoir, se livrer à

(26) Toullier, *Droit Civil Français*, Tome IX, p. 519.

une critique des témoignages. Le procès-verbal les leur présente également froids, incolores, dans une uniformité de ton qui n'exprime et n'impose ni plus ni moins de conviction. « Il voile leur physionomie, efface leur accent, leur couleur et n'en est plus que l'ombre. C'est une parodie de l'enquête idéale » (27). Il aboutit à demander aux magistrats une adhésion sans expérimentations personnelles, comme si on imposait à un médecin un diagnostic sans auscultation.

La psychologie condamne donc l'enquête secrète. Nous nous efforcerons de ne pas méconnaître ses lois, sans oublier le souci légitime d'éviter d'encombrer les audiences par la dictée des dépositions. Notons l'illogisme des rédacteurs du Code : ils posent comme règle en matière civile l'enquête écrite, lente, difficile, onéreuse, qui se déroule dans une sorte de mystère loin du Tribunal qu'elle intéresse, puis ils créent une exception pour les affaires sommaires, l'enquête orale, commode, rapide, peu coûteuse. Or le système qui doit être le meilleur, puisqu'il est consacré par préférence, on ne le retrouve nulle part : au Commerce, en Justice de paix, au Pénal, aux Assises même, l'enquête orale règne en maîtresse ! Pourquoi la règle est-elle devenue l'exception, sinon parce que la publicité offre le plus de garanties, parce qu'elle est au civil comme au criminel, la condition première, l'âme, la vie d'une saine justice ? Qui oserait prétendre qu'il faut moins de précautions pour une mise en faillite ou pour aliéner sa liberté que pour trancher une question de responsabilité ou de servitude ?

*
**

§ 3. — L'ENQUÊTE ORDINAIRE EST FORMALISTE

Dans l'enquête ordinaire les formalités abondent, les causes de nullité sont multipliées. Pourquoi ? parce que le législateur,

(27) De la Grasserie, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1905, p. 592.

a conservé la prévention de l'Ancien Droit contre la preuve testimoniale, parce qu'il est dominé par une obsession : la crainte de la subornation des témoins.

Notons ce trait caractéristique sans nous y attarder, puisque cette étude n'a pas pour objet d'établir un traité de l'enquête. Nous recherchons l'influence de la procédure sur la transmission au juge d'un témoignage fidèle ; un court examen suffira à démontrer que la réglementation étroite, le formalisme du Code de Procédure n'ajoute rien à la recherche du vrai.

L'enquête doit être commencée et parachevée dans un certain délai : lorsqu'elle a lieu au siège du tribunal, elle doit commencer dans les huit jours de la signification du jugement qui l'ordonne à l'avoué. Aux termes de l'article 253, elle ne commence pas le jour de l'audition des témoins, mais le jour où le juge-commissaire fixe, par ordonnance, la date et l'heure auxquelles ils doivent être assignés. Même rigueur pour son achèvement : elle doit être terminée dans la quinzaine de l'audition des premiers témoins, sauf prorogation accordée par le tribunal. Toute déposition postérieure est nulle.

En dépit du souci de faire vite et d'empêcher parties et témoins de se concerter trop longtemps, l'enquête se déroule avec lenteur ; elle subit les retards énormes provoqués par la négligence des bénéficiaires à lever le jugement, à signifier, à dénoncer. C'est un mal, surtout au point de vue de la bonne marche de la justice ; ces retards reculent la décision. Ils sont sans influence sur la fidélité du témoignage, du moment que l'audition des témoins ne se situe pas à une époque trop éloignée des faits.

Mais, si nous parcourons les quarante-deux articles du Titre Douze du Code, que de nullités paralysantes ! Nullité pour les copies à délivrer aux témoins, pour l'assignation de la partie au domicile de son avoué, pour la prestation de serment, pour l'audition d'un témoin indigne ou incapable, pour la rédaction du procès-verbal, pour la lecture au témoin de sa

déposition avec les changements et additions, pour le défaut de mention que toutes les formalités prescrites ont été observées. C'est un guépier pour le praticien le plus avisé ! On finit par se demander sans paradoxe si l'objet de l'enquête n'est pas tant d'aider à la manifestation de la vérité que de respecter dans leur rigueur ces exigences de la forme.

Certaines de ces nullités atteignent les dépositions prises isolément, d'autres frappent l'enquête entière. Si l'enquête est nulle, va-t-on pouvoir la recommencer ? Oui, si la nullité provient d'une faute du juge-commissaire. Non, si elle est le fait d'un avoué ou d'un huissier. L'interdiction de l'article 293 est absolue. Il y a là un exemple rare d'une procédure nulle, qu'il est interdit de recommencer. D'ordinaire une procédure viciée peut être refaite, dès lors que les droits qu'elle a pour but de conserver ne sont pas encore prescrits. Pourquoi ? Toujours la même hantise de la subornation des témoins. « On a craint, écrit le doyen Cuche (28), que l'avoué, voyant l'enquête mal tourner pour son client et s'apercevant que les dépositions ne lui sont pas aussi favorables qu'elles pourraient l'être, ne commette dans la procédure d'enquête une erreur intentionnelle entraînant la nullité. Et alors, une fois la nullité prononcée, il aurait, avant de la recommencer, un temps suffisant pour suborner les témoins et les faire changer de ton ». La partie lésée a pour unique ressource de laisser les frais à la charge de son mandataire, sauf à obtenir des dommages-intérêts ou à provoquer l'action disciplinaire. Quelle confiance dans le Tribunal ! Comme s'il était incapable de déceler les grosses roueries des plaideurs ou de leurs auxiliaires ! C'est encore et partout la même erreur de vouloir imposer un critérium objectif de la bonne ou de la mauvaise enquête alors qu'en ce domaine délicat du témoignage, tout est nuancé et subjectif.

Le Tribunal est certes, aux termes de la jurisprudence,

(28) Cuche, *Précis de Procédure Civile*, p. 522 (4^e édition).

maître d'ordonner d'office que l'enquête sera recommencée s'il estime qu'il n'a pas d'autres éléments de décision. Ce n'est qu'une faculté. Il pourra priver une partie du seul moyen d'établir son droit, même si la faute qui justifie la nullité est purement involontaire. Hâtons-nous d'ajouter que cette hypothèse est peu vraisemblable ; mais n'est-ce pas déjà trop qu'elle puisse être formulée ?

A vrai dire, l'ensemble de ces formalités rigoureuses est la conséquence presque inéluctable du caractère écrit de l'enquête ; c'est pour assurer au tribunal la transmission fidèle des dépositions, qu'il ne reçoit pas lui-même, que tant de précautions sont imposées. Supprimez le secret et partant l'écriture, vous allégez le Code d'un fatras de nullités. Que l'on ne se méprenne point sur notre critique ! Nous ne sommes pas animés par un zèle d'iconoclaste, qui nous pousserait à bannir toute réglementation et à tout laisser à l'arbitraire du juge. Il est nécessaire de garantir la contradiction, d'empêcher que l'enquête ne s'éternise et lorsqu'un procès-verbal doit être rédigé (si l'affaire est susceptible d'appel, cette rédaction s'impose, même dans le cas de publicité), il faut procurer une copie exacte des déclarations recueillies. Il y a loin de cela à l'appareil de formalisme, voulu par les rédacteurs du Code, non par souci d'aider à retrouver la réalité des faits, mais par une prévention inopportune contre la preuve testimoniale !

Voulons-nous sincèrement que le témoignage concoure à l'œuvre de justice ? Nous retiendrons avec Garsonnet et Cézar-Bru (29) qu' : « une enquête annulée qu'on ne peut refaire, c'est la preuve testimoniale interdite, peut-être le procès perdu. Une enquête annulée et qu'on recommence, c'est une perte de temps, une dépense inutile et le procès compromis si les témoins dont on a besoin ne se retrouvent plus ». Cela vaut de ne manier les nullités qu'avec discernement et parcimonie.

(29) *Op. cit.*, p. 583.

CHAPITRE V

L'AUDITION DU TEMOIN

Le témoin comparaît devant le juge-commissaire aux jour et heure fixés, en présence des parties et de leurs avoués. La partie adverse a été invitée à se présenter par une assignation qui lui a été délivrée au domicile de son avoué ou si elle n'en a pas constitué un, à son propre domicile. Cette assignation lui a fait connaître les noms, professions et demeures des personnes qui seraient appelées à déposer contre elle. Elle a donc pu s'enquérir des causes d'incapacité ou de reproche, qu'elle aurait à faire valoir contre ces témoins.

Le juge demande au témoin ses nom, prénoms, profession, âge et domicile, s'il est parent ou allié de l'une des parties et à quel degré, s'il est leur serviteur ou leur domestique. Cet interrogatoire a pour but de permettre de vérifier l'identité du comparant et de faciliter au défendeur l'exercice de la faculté de reproche. Puis le juge invite le témoin à prêter serment et à dire tout ce qu'il sait des faits de l'enquête. Le témoin dépose séparément et oralement, sans rédaction écrite d'avance. Une fois qu'il a terminé sa narration, le juge peut lui faire les interpellations propres à clarifier ou compléter la déposition ou lui transmettre les questions des parties. Les déclarations du témoin sont alors transcrites par le greffier, sous la dictée du juge.

Précisons chacun des aspects de cette audition, en confrontant une fois de plus les formes imposées par le Code de Pro-

cédure avec les requêtes de la psychologie judiciaire. Oralité du témoignage, caractère séparé de la déposition, influence des questions, rédaction du procès-verbal, tels semblent être les traits essentiels qui sollicitent notre attention.

*
**

§ 1^{er}. — ORALITÉ DU TÉMOIGNAGE

Elle est prescrite par l'article 271. « Le témoin déposera sans qu'il lui soit permis de lire aucun projet écrit ». Il lui est interdit de se servir d'un texte apprêté à l'avance. Si le témoin est muet, il écrira sa déposition devant le juge comme s'il la faisait oralement. Si c'est un sourd-muet, il sera, au même titre qu'un étranger, assisté d'un interprète qui traduira en clair son langage. Par exception, on admet la possibilité de préciser, dans une note écrite, les chiffres indiqués dans la déclaration orale. Rien ne s'oppose non plus à la consultation de notes avant d'entrer dans la salle des enquêtes ; il n'y a pas là, semble-t-il, un motif de suspicion (1).

C'est une tradition constante. Il y a bien des siècles que l'empereur Hadrien recommandait à Gabinius Maximus de s'éclairer par les dépositions des témoins présents : « *Alia est auctoritas proesentium testium, alia testimoniorum quae recitari solent* » (2) et que Justinien proclamait : « Nous estimons plus dignes de foi que les écrits eux-mêmes, les dépositions faites de vive voix et sous serment » (3). N'y a-t-il pas une identité absolue avec la jurisprudence moderne (4) : « Lorsqu'une enquête a été ordonnée et qu'une partie n'a pas

(1) Trib. de Boulogne, 7 avril 1911, *Gazette des Tribunaux*, 1911.1.463.

(2) Digeste, L. XXII, t. 5, *De testibus*, 3, 4.

(3) Nouvelle, 73, ch. 3.

(4) Orléans, 4 juillet 1888, D. 90.247.

usé de son droit de faire entendre des témoins sur tous les faits qu'elle veut établir, cette partie ne saurait être admise à y suppléer par des certificats » ?

Nous entendons bien que la règle impérative de l'article 271 a une fin précise : l'élimination de toute influence suggestive antérieure à la déposition, le souci de lui maintenir son entière spontanéité. Un témoin n'a besoin ni d'art ni de préparation pour attester des faits dont il a la parfaite connaissance. S'il récite une leçon, il cesse d'être un témoin « *pro-priis sensibus* » et toutes les suspicions sont autorisées. Mais l'oralité du témoignage est surtout la clé qui permet de déchiffrer l'énigme du témoin : il parle et par sa voix apparaissent sa franchise, ses aptitudes intellectuelles, ses sympathies, qu'une lecture ne révélera pas ; il parle et il n'y a pas que sa bouche qui parle, toute sa personne parle. Quel dommage que l'oralité ne soit pas totale, que le bénéficiaire direct du témoignage ne soit pas le juge du fond et qu'entre le témoin et lui, s'interpose, tel un écran, l'écriture du procès-verbal !

Sur quels faits portera ce témoignage oral ? En principe, sur les seuls faits admis en preuve, ceux que le Tribunal, en ordonnant l'enquête, a jugés pertinents et concluants. Par suite, les témoins ne pourront déposer sur des faits non énoncés par le jugement et *a fortiori* sur ceux dont les juges ont refusé la preuve. C'est une règle que le juge-commissaire doit faire d'office observer. Une seule exception est tolérée : si les témoins sont amenés à déposer sur les circonstances caractéristiques des faits admis, on ne peut refuser aux juges le droit de prendre en considération les dépositions dans leur ensemble (5). Le défendeur qui a consenti à ce que la déposition porte sur d'autres faits ne peut ensuite en demander la nullité.

(5) Req., 21 octobre 1908, S. 1909.1.71 ; 10 janvier 1911, D. 1912.1.198 ; 6 janvier 1931, G. P., 1931.1.388.

Une plus grande latitude est accordée aux témoins de la contre-enquête : ils peuvent témoigner sur tous les faits qui se trouvent en rapport direct avec ceux en raison desquels l'enquête est ordonnée (6). La formule de l'article 256 C. P. C. : « la preuve contraire sera de droit » est interprétée en ce sens que le défendeur est autorisé à établir tous les faits qui sont de nature à démontrer la fausseté de ceux articulés par le demandeur, soit par la démonstration d'un fait opposé, soit par la preuve d'une réunion de circonstances conduisant au même but (7). Il ne serait pas admis à prouver un fait étranger à ces articulations : par exemple la moralité des témoins cités par le demandeur.

Cette jurisprudence est très justifiée. S'il faut mettre un frein aux débordements possibles des dépositions et les cantonner dans ce qui est l'objet propre du litige, il est bon d'étendre l'audition à toutes les circonstances et dépendances des faits admis. Pour bien reconstituer une scène, il est nécessaire à la fois de ne pas disperser son attention hors du tableau et d'en éclairer tous les détails.

*
* *

§ 2. — AUDITION SÉPARÉE

Les témoignages doivent être recueillis séparément, à peine de nullité. Un témoin, qui a assisté à l'audition de ses prédécesseurs, ne peut être entendu ensuite dans sa propre déposition (8). Il faut évidemment que les dépositions auxquelles il a assisté se rapportent à l'objet même de l'enquête ; il pour-

(6) Orléans, 8 décembre 1898, S. 1901.2.116.

(7) Besançon, 31 juillet 1903, S. 1904.2.197.

(8) Bordeaux, 21 mars 1899, *Journal des Avoués*, 1899.372 ; Tr. d'Ajaccio, 11 juillet 1905, J. A., 1905.4.69.

rait déposer, si les témoignages avaient trait non aux débats mais aux motifs de reproche allégués contre lui (9).

C'est une exigence très naturelle. Il importe que les témoins ne puissent parvenir à établir un concert entre eux et plus simplement ne s'influencent pas les uns les autres. Une suggestion serait à craindre, qui pourrait transformer, du tout au tout, le témoignage.

C'est pour éviter les mêmes suggestions qu'on admet en général qu'un témoin déjà entendu ne peut déposer une seconde fois, qu'il ait été cité par la partie, qu'il se présente de lui-même ou qu'il ait été mandé d'office par le juge. Ceci est vrai même au cas de prorogation d'enquête, sauf s'il s'agit de faits nouveaux, qui n'étaient pas au nombre des articulations retenues lors de l'enquête et qui sont survenus depuis l'audition du témoin. A l'appui de cette opinion, on fait valoir que, si la seconde déposition est identique à la première, elle est inutile et que si elle en diffère et la contredit, elle provoque un résultat fâcheux. Quelle serait la sanction ? Selon certains arrêts, la violation de cette règle entraînerait la nullité du second témoignage (10) ; d'autres décisions invoquent l'absence de texte qui prohibe une nouvelle audition et se retranchent derrière l'adage : « pas de nullité sans texte » (11) ; la Cour de Cassation s'est ralliée au système plus juridique du reproche : le témoin déjà entendu sur l'enquête est valablement reproché sur la prorogation (12).

Cette rigueur paraît condamnable. Autant l'isolement du témoin est justifié pour mettre ses souvenirs à l'abri de l'influence déformatrice des dépositions voisines, autant on con-

(9) Req., 15 juin 1892, D. 92.1.596.

(10) Caen, 23 mars 1854, S. 54.2.510 ; Paris, 3 août 1892, D. 92.2.551 ; Lyon, 19 mai 1908, S. 1908.2.308.

(11) Toulouse, 12 mai 1903, S. 1903.2.240.

(12) Req., 20 octobre 1919, D. 20.1.36.

çoit mal l'interdiction de faire revenir le témoin, de le réinterroger. Une fois assurée la protection nécessaire contre toutes les suggestions du dehors (il restera assez à faire avec celles du dedans), le juge doit pouvoir poursuivre ses investigations en toute liberté, appeler de nouveau le témoin s'il l'estime utile, le confronter avec les autres témoins. Les cheminement de la vérité sont lents ; ils peuvent être accélérés par le choc de deux déclarations qui se contredisaient. Pourquoi refuser au civil ce moyen souple de faire jaillir la lumière, si fécond au pénal ? Il n'y a plus à redouter de ne pas avoir un témoignage dégagé de toute influence extérieure ; la première audition a révélé le vrai visage du témoin, jusque là prémuni contre tout contact déformant. Le nouvel interrogatoire a pour seul but de faire naître des précisions ; il confirmera ou infirmera les déclarations premières. Le témoignage initial restera comme critère de la valeur du témoin. Ces nuances, il est vrai, sont peu perceptibles si l'enquête n'est connue que par un froid procès-verbal. Nouvelle audition, confrontation, tout ceci n'a un sens enrichissant qu'avec un témoignage totalement oral, avec l'enquête publique.

Est-il nécessaire d'ajouter que l'enquête et la contre-enquête sont distinctes, se déroulent d'une façon parallèle ? C'est une conséquence inéluctable de l'isolationnisme forcené du Code de Procédure. Il serait plus probant qu'elles eussent lieu en même temps et qu'il fût ainsi possible d'assurer un contrôle réciproque des témoins, les uns par les autres.

*
* *

§ 3. — LES QUESTIONS AU TÉMOIN

L'article 273 s'exprime ainsi : « Le juge-commissaire pourra soit d'office, soit sur la réquisition des parties faire au témoin les interpellations qu'il croira convenables pour éclaircir sa déposition ». Dans ces questions réside encore un danger

de suggestionner le témoin. Parmi elles il en est de plus ou moins suggestives : par la manière dont elles sont posées, elles influencent la réponse. S'il faut protéger le témoin contre la pression de l'entourage (autres témoins et parties), il ne faut pas moins veiller à garantir la fidélité du témoignage contre celui qui le reçoit.

La pratique constante est de laisser faire d'abord au témoin un récit spontané des faits parvenus à sa connaissance. C'est après ces déclarations spontanées, que les questions sont posées. Dans l'enquête écrite, il est utile de relater fidèlement leurs termes pour éclairer le Tribunal sur les circonstances et le sens des réponses. Malgré ses dangers, cet interrogatoire est indispensable. Très rares seront les dépositions spontanément complètes ; il y a toujours des détails à creuser. Il faut aussi pouvoir vérifier la véracité du témoin, la valeur de ses sources.

Beaumanoir recommandait aux juges de « esgarder comment les témoins répondent ou par savoir ,ou par croire ou par cuider » (13). Ils devaient « s'étudier à les prendre en paroles ». Des précisions sur le temps, la date, le lieu, les personnes, constituent des moyens sûrs de percer le tissu des mensonges. « Il existe, selon M. Gorphe, un art de faire craquer les jointures du faux récit préparé d'avance. Il y a toujours des points auxquels le témoin n'a pas songé. C'est là qu'il faut frapper » (14). Rien n'est donc plus naturel que l'interrogatoire du témoin par le juge-commissaire, dès lors qu'il vient à son heure, c'est-à-dire après que la possibilité ait été donnée à celui-là de raconter en toute liberté ce qu'il sait.

Les parties ne peuvent ni interrompre, ni interpellier directement le témoin. « Elles s'imposeront, disait le tribun Périn,

(13) *Coutumes du Beauvaisis*, ch. XI, 12.

(14) M. Gorphe, *op. cit.*, p. 86.

le 14 avril 1806, la loi du silence et du respect et toujours obligées d'emprunter l'organe du juge pour présenter leurs observations aux témoins, elles seront contraintes de mesurer leurs expressions et de se renfermer dans les termes de la légitime défense ». Si la partie enfreint cette interdiction, elle subit une amende de dix francs ; en cas de récidive, elle peut se voir infliger une amende plus forte et même être exclue. Le juge-commissaire n'est pas tenu de poser les questions que les parties lui demandent d'adresser au témoin, s'il les estime inutiles ou inconvenantes.

Ces précautions sont parfaites. Elles épargnent bien des vaines querelles. Autrement le cabinet du juge deviendrait le théâtre de discussions homériques ! Elles sont en outre une garantie de la fidélité du témoignage. L'art de bien interroger un témoin est plein de ressources perfides. Cicéron se défendait avec habileté d'en user. C'est une paraphrase presque textuelle de sa plaidoirie « *pro Flacco* » que nous livre Jean Boiceau, dans son commentaire de l'article 540 de l'ordonnance de Moulins : « Où est ceste louange d'un advocat ? Il a bien interrogé le tesmoin, il est venu finement à lui, il l'a reprins, il l'a amené où il a voulu, il l'a convaincu, enfin il l'a rendu sans langue et sans parole ».

La procédure anglo-saxonne connaît les abus des interrogatoires directs des témoins par les parties et leurs conseils. Aux Etats-Unis comme en Grande-Bretagne, l'avocat adverse a le droit de procéder à un contre-examen du témoin ou « *cross-exmination* ». Celui-ci aboutit à un feu roulant de questions ; il autorise de telles investigations sur la moralité et le passé de celui qui dépose que ce dernier prend souvent figure d'accusé. On imagine quelle contrainte un pareil régime peut exercer sur un faible ou un timide. Ce peut être un idéal pour l'avocat de « *noyer la vérité* » qui risquerait de nuire à son client ! C'est une singulière conception d'une bonne justice. Nous n'emprunterons pas à l'Amérique et au Royaume-Uni de tels errements !

§ 4. — RÉDACTION DU PROCÈS-VERBAL

Au fur et à mesure de la déposition, le procès-verbal est rédigé par le greffier, sur les indications du juge-commissaire. Tout y est consigné : les déclarations spontanées, les questions, les réponses, le refus de répondre pour cause de secret professionnel, l'identité, la prestation de serment, sans compter les jour et heure de comparution, la représentation des assignations, les remises à une autre date, les reproches, les incapacités. La déposition doit être lue au témoin ; le juge lui demande s'il y persiste. S'il a des changements ou des additions à y apporter, ils sont écrits à la suite ou en marge. De nouveau lecture en est donnée, avec mention obligatoire de lecture faite. Puis le tout est signé par le témoin, le juge et le greffier. Si le témoin ne peut ou ne veut signer, il en est également fait mention.

Toutes ces formalités sont, nous l'avons dit, prescrites à peine de nullité. La Jurisprudence a tenté d'atténuer leur rigueur, en décidant qu'il suffisait que le procès-verbal fournît la preuve de leur accomplissement sans en faire la mention expresse. En dépit de ces atténuations, la rédaction du procès-verbal demeure semée d'embûches. Quel allègement si la procédure écrite disparaissait !

Nous avons vu combien cette rédaction était incomplète ! Le procès-verbal rédigé par la plume la plus habile ne donne jamais qu'un reflet imparfait de la déposition puisque, s'il révèle le témoignage, il ne révèle pas le témoin. Il ne permet pas de discerner l'accent de sincérité avec lequel celui-ci a déposé. C'est pourtant un critérium de premier ordre car il s'emprunte difficilement ! L'inaptitude à rendre la physionomie de l'enquête peut se doubler d'un autre défaut, non moins grave : le meilleur procès-verbal risque d'être infidèle.

Le greffier en effet n'écrit pas sous la dictée du témoin, mais sous celle du juge-commissaire. Ce dernier, au fur et à mesure que le témoin dépose, dégage de sa déposition ce qui

doit être consigné. Il ne procède pas à une reproduction littérale des déclarations qui sont le plus souvent pleines de longueurs et d'incorrections. Il les élague, il les clarifie. Au langage primaire, parfois peu châtié, il substitue un style correct. De la confusion de phrases hachées, il fait sortir un ensemble cohérent. Sans doute, le magistrat-enquêteur a-t-il le devoir d'éviter les futilités, les grossièretés, les incohérences. Mais peut-être a-t-il une tendance naturelle à trop éclaircir les dépositions, à leur donner une apparence uniforme qui leur fait perdre leur pittoresque et leur spontanéité ? Que de personnes, en face de témoignages trop remaniés dans la forme, se sont étonnées d'avoir parlé une langue si académique ! Sans mettre en cause la volonté scrupuleuse du juge de ne rien dénaturer, il est permis de craindre que le souci d'arranger les dépositions n'entraîne une modification de leur sens et de leur portée. Imaginons une enquête rurale où les témoins sont des paysans, habitués au patois. Non seulement ils parlent patois, mais ils pensent en patois. Leur instruction est-elle assez développée ? leur conversation cependant est émaillée d'images, d'expressions qui empruntent leur saveur au terroir. Une traduction dans le langage de Vaugelas ne risque-t-elle pas en ce cas de devenir une trahison ?

La Doctrine s'en est émue. Aussi voyons-nous Glasson et le Doyen Cuhe réclamer l'usage de la sténographie qui permettrait de recueillir avec rapidité les termes exacts dont s'est servi le témoin. Le remède semble très indiqué si l'enquête écrite, malgré ses défauts et ses fort nombreux détracteurs, survit au moins partiellement. Ce serait le seul moyen de parer aux justes observations de Boncenne : « Calculez toutes les nuances que présentent certains mots, la valeur que leur donne telle ou telle manière de les proférer, la différence des habitudes de l'homme qui dépose et du juge qui dicte, la variété des sens qu'ils attachent aux mêmes termes et dites si vous pouvez vous flatter de recueillir dans la lecture d'un procès-verbal d'enquête cette certitude morale qu'il faut avoir pour décider en sécurité de conscience ? »

Il est piquant et navrant de constater qu'après avoir utilement assuré l'indépendance du témoin contre toute influence suggestive, qu'elle émane des autres témoins ou des parties, qu'elle se produise avant ou pendant sa déposition, le législateur n'a abouti qu'à transmettre aux juges une image faussée de l'enquête. Ce n'était pas la peine d'accumuler tant de précautions et tant de nullités ! Le procès-verbal est un prisme déformant. Ce n'est pas assez que, suivant le mot de M. Gorphe : « l'individualité de tout homme absorbe les images qui s'y projettent, les réfracte et souvent les dénature », il faut encore que l'instrument de transmission de ses dires soit une nouvelle source de déformation. C'est grave, du point de vue selon nous primordial, de la fidélité du témoignage !

APPENDICE

LES PARTICULARITÉS DE L'ENQUÊTE EN MATIÈRE SOMMAIRE

Le titre vingt-quatrième du C. P. C. institue pour les affaires sommaires, c'est-à-dire les affaires simples, d'un taux modique ou urgentes, un mode d'enquête plus rapide et moins coûteux.

L'article 407 impose qu'elle soit reçue à l'audience. Il y a nullité si elle a lieu devant un juge-commissaire (1) ; néanmoins la partie, qui exécuterait volontairement un jugement ordonnant une enquête sommaire devant un juge, serait irrecevable à soulever le moyen pour la première fois en Cassation, bien que cette règle tienne à l'ordre des juridictions (2).

L'enquête se déroule donc ici en présence du Tribunal tout entier, en public. L'interrogatoire est dirigé par le président.

Si l'affaire est jugée par le Tribunal en dernier ressort, il n'est pas dressé de procès-verbal. On se contente de résumer les dépositions de façon à ce que les juges puissent les viser dans leur décision. Il est fait mention dans le jugement des noms des témoins et du résultat de leurs déclarations. L'arti-

(1) Civ., 28 juin 1932, *G. P.*, 1932.2.511 ; 29 décembre 1897, S. 98.1.176.

(2) Cass., 3 février et 30 mars 1885, S. 85.1.159 et 171.

cle 410 ne prescrit pas cette mention à peine de nullité (3). Cependant le jugement doit expressément constater la prestation de serment des témoins, s'il est fondé sur les données de cette enquête sommaire (4).

Si l'affaire est susceptible d'appel, pour épargner à la Cour et aux plaideurs les frais et les lenteurs d'une nouvelle enquête, un procès-verbal est rédigé.

Notons encore comme simplifications, que le jugement qui ordonne l'enquête sommaire n'a pas besoin de contenir l'indication détaillée des faits sur lesquels elle portera et qu'il fixe lui-même les jour et heure d'audition des témoins. Les délais pour parachever l'enquête sont abandonnés à l'arbitraire du tribunal qui jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour ordonner une prorogation d'enquête ou même une réouverture soit d'office, soit à la demande d'une partie ; il lui est recommandé toutefois d'apprécier avec prudence les circonstances qui sont de nature à les motiver (5).

Signalons enfin que, dans l'enquête sommaire, il doit être statué sur le reproche avant l'audition du témoin reproché et si le reproche est admis, le témoin ne doit pas être entendu (6). C'est une sanction véritable, c'est la seule rationnelle si l'on admet la nécessité des reproches. Que se passe-t-il en effet dans l'enquête ordinaire ? la déposition du témoin reproché est, nous le savons, consignée dans le procès-verbal. Les juges reçoivent seulement interdiction de l'utiliser, si le reproche est reconnu fondé. Or le juge-commissaire, qui participe à la décision au fond, aura même en ce cas entendu la déposition. Il la connaîtra seul puisqu'il est défendu d'en

(3) Req., 14 décembre 1881, S. 84.1.28.

(4) Civ., 16 novembre 1932, *G. P.*, 33.1.189 ; 20 février 1922, S. 22.1.80.

(5) Tr. d'Alençon, 17 novembre 1931, *G. P.* 1932.1.318.

(6) Alger, 16 mars 1932, S. 1932.2.138.

donner lecture au Tribunal. Il aura donc, pour déterminer son opinion, un élément ignoré des autres magistrats et qui peut être d'un grand poids. Cette critique, très justifiée, juge la logique de notre système de reproches, sous l'empire de l'enquête secrète.

Publicité, souplesse des délais et des prorogations ; la supériorité de l'enquête sommaire sur l'enquête ordinaire est indéniable. Elle a l'avantage de la rapidité et de l'économie. Ceci n'est pas mince. Son premier titre de supériorité reste, sur le plan psychologique, de permettre un contact direct des juges et du témoin et d'amorcer ainsi une critique testimoniale moins superficielle. Dire que c'est au nom de la célérité que certains doctrinaires ont prétendu refuser de la généraliser !

DEUXIÈME PARTIE

COMMENT RENDRE L'ENQUÊTE PLUS EFFICACE ?

L'esquisse que nous avons tracée du système du Code de Procédure permet de dégager quels sont ses avantages et surtout ses inconvénients, plus nombreux et plus apparents que ses bienfaits.

Quelques excellents principes ont été consacrés par le législateur de 1806 : l'obligation de comparaître, la nécessité du serment, l'abrogation du mode de calcul des preuves légales, la libre appréciation du juge du fond, l'oralité du témoignage, son caractère séparé, la sanction pénale du faux-témoignage. Mais, à côté de ces avantages certains, que d'abus n'avons-nous pas relevés !... abus des incapacités et des reproches, abus de l'extension du secret professionnel, abus du formalisme et des nullités qui en sont le prix, abus du secret qui interdit toute vision directe du témoin, abus de l'écriture qui ne traduit pas, mais déforme le témoignage, abus de la suppression de l'enquête à futur, qui n'autorise pas la conservation d'un moyen de preuve périssable !...

Cela tient à ce que le Code de Procédure est une édition revue et fort peu corrigée de l'ordonnance d'Avril 1667, et suivant l'expression de Garsonnet : « une copie trop servile de la pratique du Châtelet de Paris ». Il est vrai d'écrire, en ce domaine de l'enquête comme dans les autres, « que le légis-

lateur ne sut point sortir de l'ornière profonde qu'avait creusée une pratique de plusieurs siècles... Il ne sut point dégager l'administration de la justice de ces formalités multipliées sans objet qui en encombraient l'accès et que, sous le prétexte d'écarter la chicane, la chicane elle-même avait introduites » (1).

Nombre de pays voisins ont pris des mesures, souvent efficaces, pour y porter remède. Il est par contre décourageant de constater qu'en France, plusieurs projets de réformes ont été présentés, et qu'aucun d'eux n'a pu aboutir. Nous en sommes réduits à faire nôtres ces lignes qu'en 1906, à l'occasion du centenaire du Code, Albert Tissier écrivait déjà : « il convient de ne signaler cet anniversaire que pour exprimer l'étonnement et le regret qu'une œuvre aussi imparfaite, aussi hâtivement élaborée et qui était déjà bien vieille en naissant, ait pu résister si longtemps aux attaques dirigées contre elle » (2).

Au moment de tenter d'ébaucher le système idéal, que nous paraît commander la psychologie du témoignage, pour assurer à la preuve testimoniale son meilleur rendement en lui procurant le maximum de fidélité possible, il semble intéressant d'examiner quelques expériences étrangères et de dresser le tableau des principales réformes qui ont été proposées législativement ou préconisées en doctrine depuis plus d'un siècle. Nous y puiserons des leçons pour rédiger ensuite nos vœux.

Notre programme ? Il est celui-là même que Treilhard traçait dans l'avant-projet de 1804 : « Eclairer la marche de la justice sans l'embarrasser, ni la retarder ; ne rien prescrire qui ne soit utile, ne rien omettre de ce qui est nécessaire ; donner les moyens de parvenir dans le moins de temps et avec le moins de frais possible à la découverte de ce qui est vrai et juste ».

(1) Bellot, *Loi sur la Procédure Civile de Genève*, Introduction, p. 3.

(2) A. Tissier, *Le Centenaire du Code de Procédure et les Projets de Réforme*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1906, p. 625.

CHAPITRE PREMIER

QUELQUES EXPERIENCES ETRANGERES

Le droit français, en matière de procédure comme en matière de droit civil, a servi de guide et de modèle à beaucoup de Codes étrangers. Il a été un initiateur qu'ont suivi et imité en particulier les législations d'Italie, d'Allemagne, d'Autriche. Mais alors qu'il restait figé dans sa fidélité aux principes de l'ordonnance de 1667, la plupart de celles-ci s'amendaient. Une conception de l'enquête, plus souple, moins formaliste, psychologiquement mieux fondée se faisait jour, notamment avec le Code de Procédure Allemand du 30 janvier 1877.

Les dispositions que ce dernier a adoptées en ce qui concerne la publicité des témoignages, l'abolition des incapacités et reproches, l'admission des dispenses, la prestation du serment, la conservation de la preuve présentent un tel intérêt qu'elles légitiment une étude spéciale. Cet examen particulier ne saurait toutefois exclure un coup d'œil plus large sur l'ensemble des réalisations étrangères.

Celles-ci obéissent, selon de la Grasserie (1), à deux grands courants : l'un, qui est tout de souplesse et de liberté, inspire

(1) De la Grasserie, *De la preuve testimoniale en Droit Comparé* Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, 1905, pp. 175 et suivantes.

les pays de race germanique et anglo-saxonne, l'autre, fait d'une réglementation très stricte, anime les pays latins. Cette distinction, un peu arbitraire dans son souci de simplification, demeure néanmoins assez exacte pour servir de base à notre courte analyse de droit comparé.

*
* *

§ 1^{er}. — LES DEUX GRANDS COURANTS DU DROIT COMPARÉ

Nous avons dit, de façon sommaire, quels ils sont. D'un côté, les nations latines qui admettent le principe restrictif du droit français et éprouvent le besoin de tout soumettre à une réglementation trop prévoyante ; de l'autre, les races d'origine germanique, imprégnées d'individualisme, qui veulent laisser aux justiciables le libre exercice de la preuve testimoniale. D'un côté la méfiance contre le témoignage, individuellement utile, mais socialement dangereux, aboutit à des rigueurs qui paralysent la preuve, quand elles n'en constituent pas une prohibition entière ; de l'autre, le respect des droits de l'individu s'accompagne de la foi au témoignage qui, si elle n'est pas toujours exempte d'illusions, voire d'abus, permet une plus sérieuse utilisation et une meilleure critique de ce mode de preuve. Ici, peu ou pas de restrictions, là un grand nombre d'exclusions et de limitations.

Nous découvrons cette opposition à la fois dans les qualités requises des témoins et dans la procédure proprement dite.

A) *Les qualités requises des témoins.*

Quels sont les témoignages, viciés par l'intérêt, la partialité, l'absence d'indépendance, la corruption présumée ou l'indignité qui doivent être rejetés de l'enquête ? Quels sont ceux qu'on ne peut même pas recevoir ?

Les races latines dressent une longue liste de témoins incapables ou reprochables. Les races germaniques n'excluent personne.

Le Code Civil Espagnol du 24 juillet 1889 écarte comme inhabiles à témoigner : — les incapables par infirmité naturelle : les idiots, imbeciles ou déments, les aveugles, les sourds « dans les choses dont la connaissance dépend de la vue et de l'ouïe » ; — tous ceux qui ont un intérêt direct au litige ; — tous ceux qui sont tenus de garder le secret à raison de leur état ; — le conjoint, les ascendants, descendants, beaux-parents, bru, gendre, sauf s'il s'agit de prouver la naissance ou la mort d'un enfant ou lorsque tout autre moyen fait défaut pour établir la vérité sur une affaire intime de famille (2).

Le Code Civil Portugais du 1^{er} juillet 1867, après avoir déclaré admettre à témoigner toutes les personnes qui ne sont pas incapables physiquement ou par l'effet de la loi, précise les mêmes incapacités que le droit espagnol. Ainsi, sont physiquement incapables les aliénés, les aveugles et sourds « à l'égard de ce qui se perçoit par les sens dont ils sont privés », les mineurs de quatorze ans. Nous avons signalé la survivance étrange de la maxime : « *Testis unus, testis nullus* » ; un seul témoin ne fait pas preuve complète (3).

Les Codes Belge et Hollandais participent de la même inspiration latine.

Le Code Belge n'est autre que notre propre Code de Procédure. Nos voisins ont eu, eux aussi, la volonté de le réviser. Un projet a été élaboré en 1870, précédé par un rapport célèbre d'Allard, qui constitue l'une des critiques les plus complètes du Code Napoléon. Cette réforme a eu la même destinée que les diverses tentatives faites chez nous ; elle n'a

(2) Art. 1.245, 1.246, 1.247, C. Civil ; Art. 47, C. P. C. espagnol.

(3) Art. 2.510, 2.512 et suivants, C. Civil du Portugal.

jamais abouti. Nous n'éprouvons aucun désir de nous associer à la joie du commentateur, pourtant autorisé, qui osait se féliciter ainsi de cet échec : « Le Code de Procédure de 1806 est toujours en vigueur chez nous et il le restera longtemps encore... Le Gouvernement imitera l'exemple de nos voisins de France, il fera, comme eux, œuvre sage, il laissera subsister le Code de 1806 » (4).

Le Code Civil Hollandais comporte un catalogue assez important d'incapacités et de reproches, mais les excès de ce système se trouvent quelque peu corrigés par deux notions qui ne sont pas familières au droit français : celles de l'excuse et du témoin nécessaire. L'incapacité frappe les parents en ligne directe de l'une des parties et son conjoint, même après le divorce. Elle atteint aussi les mineurs de moins de quinze ans révolus ainsi que « les interdits du chef d'imbécillité, d'insanité d'esprit ou de fureur ou qui, pendant l'instance sont colloqués par provision sur ordre du juge dans une maison de santé ». Le juge peut cependant entendre ces mineurs ou même ces interdits pendant leurs intervalles lucides, mais à titre de simples renseignements, sans prestation de serment ; et l'article 1949 ajoute ces prescriptions curieuses : « Dans ce cas, le juge ne pourra accorder foi aux déclarations de ces incapables quant aux faits qu'ils auraient vus, entendus ou qui se seraient passés en leur présence, ni quant aux impressions qu'ils en auraient ressenties, leurs déclarations fussent-elles motivées. Il pourra se servir de leurs dépositions pour parvenir à la connaissance et retrouver la trace de faits qui peuvent ultérieurement être établis par les voies ordinaires ». Ces conseils concordent mal avec le système de l'intime conviction et s'apparenteraient plutôt à une survivance des preuves légales ! Cela est si vrai que l'article 1942 stipule d'autre part que la « déposition d'un seul témoin, dénuée de tout

(4) Beltjens, *Code de Procédure Belge Annoté*, Liège, 1897.

autre moyen de preuve, ne mérite aucune croyance en justice ».

Aux termes de l'article 1950 du Code Civil Néerlandais, sont en outre reprochables : 1°) les parents et alliés en ligne collatérale jusqu'au 4° degré inclus, 2°) les alliés du conjoint d'une partie, indéfiniment si c'est en ligne directe et jusqu'au 4° degré en ligne collatérale, 3°) l'héritier présomptif ou le donataire, les serviteurs ou domestiques, celui qui a un intérêt au procès, 4°) celui qui est condamné du chef de faux serment ou d'une des infractions auxquelles en cas de récidive, l'article 421 C. P. est applicable.

Cette vaste nomenclature est heureusement restreinte par l'existence des témoins nécessaires : les parents ou alliés et les gens de travail au service des parties déposent obligatoirement dans les contestations relatives à l'état-civil, au contrat de travail, à l'entretien des enfants naturels non reconnus, à la déchéance de puissance paternelle, à l'exclusion de la tutelle. Dans ces diverses causes, il n'est même plus possible d'utiliser la faculté générale de se récuser, reconnue aux parents ou alliés du deuxième degré en ligne collatérale, aux alliés du conjoint dans les mêmes limites et à tous ceux qui sont tenus par état à garder le secret (5). Nous voyons là l'ébauche d'une conception que nous retrouverons, en plein développement, dans le Droit Allemand.

En face de ce jeu complexe et dangereux d'exclusions, prôné par les législations latines, se situe le régime de liberté des nations germaniques.

En attendant d'analyser d'une manière moins incomplète le Code de Procédure d'Allemagne, notons ses traits caractéristiques : Tout le monde peut témoigner ; Il n'existe pas de reproches ; Certains témoins ont le droit de se refuser à

(5) Art. 1.951 et 1.946, C. Civil néerlandais.

toutes déclarations ; D'autres, semi-suspects, déposent sans prêter serment.

Le Code de Procédure Autrichien du 1^{er} août 1895, après avoir limité l'exclusion aux personnes qui manquent de discernement, aux prêtres tenus par le secret de la confession et aux fonctionnaires qui peuvent trahir des secrets d'Etat, proclame, en son article 272, ce seul principe, excellent : « Le Tribunal aura à juger d'après sa libre conviction, en tenant compte soigneusement des résultats de la preuve, si une allégation de faits doit être tenue pour vraie où non ».

Dans les pays Anglo-Saxons, en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, règne également la liberté absolue. Une seule exclusion à raison de la parenté : l'époux, si le mariage est valide. Les père, mère, frères, sœurs, fils et filles sont admis à déposer. Les enfants sont entendus quel que soit leur âge (6). C'est le contre-examen, auquel procède l'avocat de la partie adverse, qui permet de vérifier si le témoin est digne de créance. Cet examen dégénère facilement en abus ; s'il ne portait que sur les capacités de discernement ou de perception, cela irait, mais il s'accompagne d'un luxe de questions aussi insidieuses qu'indiscretes sur la vie du témoin. Celle-ci est passée au crible, dans des conditions telles qu'on finit par oublier l'objet propre de l'enquête. Cette pratique n'a que des rapports lointains avec une critique testimoniale véritable.

Dans les cantons allemands de Suisse, l'influence germanique joue dans un sens identique d'entière liberté. On s'attendrait à retrouver la procédure française, avec son cortège de restrictions, dans les cantons romands. Or, il est curieux de noter que le Code de Procédure de Genève de 1819 s'est affranchi d'un certain nombre des excès de notre Code de 1806. Il ne retient la suspicion de partialité que pour les

(6) De Franqueville, *Le système judiciaire de la Grande-Bretagne*, Tome II, p. 379.

très proches parents ou alliés, jusqu'au degré d'oncle et de neveu. Il écarte l'indignité, qui n'atteint pas le coupable mais celui auquel son témoignage est nécessaire. Il se borne à énoncer cette règle fort sage : « Toutes les autres personnes seront admises comme témoins, sauf aux parties à articuler et aux juges à apprécier les diverses circonstances corroboratives et infirmatives du témoignage » (7).

Cette exception souligne que la ligne de démarcation entre les zones d'influence latine et les zones d'influence germanique n'est pas absolue. Il est un autre exemple plus frappant : le Code Italien.

Le Code de Procédure Civile du royaume d'Italie, mis en vigueur le 1^{er} janvier 1866, constitue une réaction très nette contre le Code Napoléon. Il a bénéficié du mouvement d'idées, très étendu et très profond, qui s'est attaqué à ce dernier depuis 1806. Plus d'infamie. Plus de reproches. L'article 237 s'exprime ainsi : « Les parties sont toujours en droit de proposer les motifs qui peuvent rendre suspectes les dépositions du témoin ; ces motifs doivent être déduits en preuve d'une manière précise. Quand les motifs de suspicion ne sont pas fondés sur un écrit, le tribunal ne peut admettre la preuve par témoins, s'il n'y a pas un concours de circonstances graves, précises, concordantes... En tout cas, le témoin allégué de suspicion doit être examiné, sauf au tribunal à apprécier la déposition comme de raison ». Il faut avouer que c'est plus rationnel que notre article 283 !

B) *Procédure proprement dite.*

A l'égard des conditions de réception du témoignage, subsiste la distinction ethnique entre les principes germaniques et latins.

(7) Art. 189, C. P. C. de Genève.

Nous ne pouvons mieux faire que citer le résumé parfait qu'en donne R. de la Grasserie (8) : « Suivant les premiers, tout se fait au grand jour et oralement devant celui-là même qui aura à statuer sur le fond de l'affaire. Tout le monde est présent à la fois : témoins, parties, juges, auditoire ; on confronte témoins et parties. Si un témoin demande à ne pas être entendu, on décide tout de suite et s'il a raison, on ne l'entend pas. Lorsque l'on juge, on a l'impression immédiate du témoignage dans l'oreille et l'esprit ; les interrogations se font d'une partie à l'autre, elles peuvent ne pas être limitées.

Dans les pays latins, au contraire, tout devient quasi-secret, à peine contradictoire, divisé, successif, délégué ».

L'analyse du système du C. P. C. nous a fait apparaître la justesse de cette observation ; l'examen de la procédure allemande confirmera son bien-fondé.

Les usages du Droit Anglais (car il n'existe pas de codifications en Grande-Bretagne) consacrent une publicité totale, totale même jusqu'à l'imprudence car, à moins d'une demande formelle des avocats, on ne fait jamais retirer les témoins ; ils assistent aux débats et entendent tout ce qui est dit, par ceux qui les précèdent ou qui les suivent.

Le Droit Anglais organise une sorte de témoignage « *in futurum* » sous la forme des « *affidavit* ». Un « *affidavit* » est le procès-verbal d'un témoignage oral, donné avant l'instance, sous la foi du serment devant un commissaire : un « *commissioner for oath* », en général un « *solicitor* ». Il est communiqué à la partie adverse qui a le droit d'exiger que les personnes dont le témoignage a été recueilli sous cette forme comparaissent à l'audience pour y subir un contre-examen. Leur défaut interdit de faire usage de l'« *affidavit* » (9).

(8) *Op. cit.*, p. 588.

(9) De Franqueville, Tome II, p. 107.

Dans les anciennes cours d'équité, la pratique des « *affidavit* » était la règle. Depuis la réforme centralisatrice de 1875, elle n'est obligatoire, à la Haute-Cour, qu'à la section du Banc de la Reine et à celle des Testaments et divorces ; le demandeur peut exiger que les dépositions soient reçues préalablement à l'audience, au moyen de ce procédé. Quoiqu'il en soit de ses vicissitudes, retenons ce type de preuve préconstituée.

Dans le domaine de la procédure, le Code Italien s'est encore affranchi de la tradition latine. Il laisse au tribunal, en matière ordinaire, l'alternative de renvoyer l'enquête devant un juge-commissaire ou de la retenir à l'audience. « Cette option est fâcheuse, selon Allard (10), car il est à craindre qu'il s'établisse des usages différents suivant la diversité des sièges et que, vaincus par l'empire des anciennes traditions, les tribunaux ne prononcent trop souvent la délégation, bien que, dans l'esprit de la législation nouvelle, l'enquête à l'audience paraisse devoir être regardée comme la règle ». Nous retrouverons l'objection quand nous aborderons le projet de réforme français de 1894.

Le Code Italien se montre plus novateur lorsqu'il institue une véritable enquête à futur. Son article 251 statue ainsi : « Celui qui a des motifs fondés de craindre qu'il vienne à manquer plus tard d'un ou plusieurs témoins, nécessaires pour faire valoir un droit ou une exception, peut demander qu'ils soient examinés « *ad futuram memoriam* ». Pour parer aux abus possibles, le législateur ajoute : « L'examen à futur n'a pas d'autre effet que de conserver la preuve. Il ne préjudicie à aucun des moyens qui compètent à l'autre partie pour s'opposer à l'admission définitive de la preuve ni à la déduction des preuves contraires et n'empêche pas la partie requérante de présenter d'autres témoins. Tant que la preuve n'a

(10) Allard, *Examen Critique du Code de Procédure du Royaume d'Italie*, Revue de Droit international et de Législation comparée, 1870, p. 229.

pas été admise définitivement, le procès-verbal ne peut être produit en justice et le greffier ne peut en délivrer copie ». On ne peut que louer cette réglementation, très sage en dépit de son audace.

Signalons, pour achever ce rapide tour d'horizon, que l'enquête à futur, ignorée sinon proscrite par le Code de 1806, est encore connue dans le Canton Suisse de Vaud sous le nom de « déposition provisoire d'un témoin » et dans le Code Autrichien de 1895, qui l'organise sous le titre de « preuve à perpétuelle demeure ».

*
* *

§ 2. — UNE EXPÉRIENCE INTÉRESSANTE : LE CODE DE PROCÉDURE CIVILE ALLEMAND

Le Code de Procédure Civile d'Allemagne a été mis en vigueur le 30 janvier 1877 et modifié en 1898. Il semble intéressant de l'analyser, non pas que toutes ses institutions puissent être importées chez nous sans inconvénients, mais parce qu'il illustre à merveille cette vérité que les critiques, dirigées contre l'enquête orale et la libre admission des témoins, ne sont pas justifiées.

A) *Publicité de l'enquête.*

L'enquête, en principe, est reçue à l'audience, devant le tribunal entier, en public. Le renvoi devant un juge-commissaire a lieu, à titre exceptionnel, quand il est indispensable d'entendre les témoins sur les lieux, quand leur audition à l'audience entraînerait des difficultés considérables ou quand le témoin demeure à une distance trop grande.

Les témoins comparaissent donc devant les juges, investis de la mission de statuer au fond, devant les parties et leurs conseils. « Il se produira alors ce qui se passe, en France, au tribunal correctionnel. Le témoin qui a déposé restera dans la

salle d'audience et si un témoignage ultérieur contredit le sien ou si une des parties le critique, les témoins contraires en fait seront confrontés. L'enquête est contradictoire de tous côtés. Les juges pourront faire d'office les questions utiles et entendre le même témoin plusieurs fois » (11). Cette procédure est simple et lumineuse. Elle est rapide ; on peut juger dans la même audience. Elle porte au maximum l'impression des témoignages.

Les précautions utiles sont prises contre toute influence suggestive : « Chaque témoin doit être entendu séparément et hors la présence des témoins qui n'ont pas encore fait leurs dépositions... Le témoin doit être invité à déposer d'un seul trait sur ce qui est à sa connaissance ». Ces mesures sont certes usitées chez nous, mais quand lisons-nous dans notre Code : « Les témoins dont les dépositions sont contradictoires peuvent être confrontés » et : « le tribunal, saisi du procès, peut, s'il le juge utile, ordonner qu'un témoin sera entendu à nouveau » ?

Le témoin non comparant est frappé beaucoup plus durement qu'en France ; il est condamné d'office aux frais occasionnés par sa non-comparution ainsi qu'à une amende maxima de 300 marks et en cas d'insolvabilité, à un emprisonnement de six semaines.

B) *Dispenses de témoigner.*

Tous les témoins sans exception peuvent et doivent être entendus ; c'est l'exclusion complète de notre système d'incapacités, d'indignité et de reproches. Il est recommandé au Tribunal, en cas de besoin, d'interpeller le témoin « sur les circonstances de nature à caractériser la foi qu'il mérite au procès et notamment sur ses relations avec les parties ». Les

(11) De la Grasserie, p. 590.

juges demeurent libres de baser leur sentence, suivant leur conviction.

Certaines personnes peuvent refuser de témoigner. Des témoins qui, en France, seraient reprochables, sont admis à se récuser. Pourquoi ? parce qu'ils se trouveraient pris entre leur intérêt et leur conscience. On ne peut les contraindre à prêter un faux serment.

Quels sont ces témoins excusables ?

D'abord les fonctionnaires publics, même lorsqu'ils ont cessé d'être en activité de service, ne peuvent témoigner, sur des faits relatifs à leurs fonctions, qu'avec l'autorisation de l'autorité supérieure. C'est le Tribunal lui-même qui la sollicite. Cet assentiment ne peut être refusé que si l'intérêt de l'Etat est mis en péril.

Les autres personnes, qui peuvent alléguer une dispense, forment deux catégories : celles qui ont un motif réel, celles qui invoquent une situation personnelle. Ces deux catégories correspondent, d'après de la Grasserie, aux cas de récusation objective et à ceux de récusation subjective.

Cas de récusation objective ? Ils existent 1°) si la déposition a pour conséquence immédiate un dommage matériel pour le témoin ou un de ses proches, 2°) si elle peut compromettre son honneur ou celui des siens, 3°) si elle les expose à des poursuites criminelles, 4°) si elle implique la révélation d'un secret artistique ou industriel.

Cas de récusation subjective ? Citons : 1°) la personne fiancée à l'une des parties, 2°) le conjoint, même après la dissolution du mariage, 3°) les parents et alliés en ligne directe, qu'il s'agisse de parenté légitime, naturelle ou adoptive, — en ligne collatérale, les parents jusqu'au troisième degré et les alliés jusqu'au deuxième, 4°) les ministres du culte en ce qui touche le secret professionnel, 5°) toutes les autres personnes, qui par état reçoivent confiance de faits, pour les faits qui tombent sous ce secret.

Notons que les personnes, liées par la parenté à une des parties, doivent être préalablement averties de leur droit de refus. Le témoin, qui use de ce droit, est tenu de faire connaître et de rendre vraisemblables, par écrit ou par insertion au procès-verbal du greffier, les faits sur lesquels est basé son refus, soit avant le jour fixé pour son audition, soit le jour même où il devait être entendu. Le Tribunal saisi du procès décide, les parties entendues, si le refus est fondé en droit. S'il l'admet, il n'y a pas d'audition. Ici, pas d'audition provisoire et conditionnelle, comme dans le système français des reproches. La situation est nette.

La théorie du témoin nécessaire creuse une brèche sensible dans ces récusations. Quels que soient les motifs de dispense, qui peuvent être invoqués, tout témoin doit déposer : 1°) sur l'existence et le contenu de l'acte à la passation duquel il a été témoin instrumentaire ; 2°) sur la naissance, le mariage, le décès de membres de sa famille ; 3°) sur des questions d'intérêt résultant des liens de famille ; 4°) sur les actes qui ont trait au litige lui-même, quand ces actes lui sont attribués en qualité d'auteur ou de représentant d'une des parties.

Le Droit Allemand permet de relever les confidents du secret professionnel ; ils sont alors tenus de déposer.

c) *Dispenses du serment.*

Une autre notion est propre à la procédure germanique : celle des témoins qui déposent sans prêter serment. Le législateur a voulu ainsi marquer leur infériorité. « C'est, écrit de la Grasserie (12), avec politesse, les ranger dans la catégorie des témoins suspects. Lorsqu'on admet tous les témoins, il peut être fort utile d'indiquer ceux dont la déposition ne doit être crue qu'avec circonspection ». Ces témoins suspects en

(12) *id.* p. 563.

Allemagne, sont : 1°) les mineurs de quinze ans et les personnes dont l'esprit est trop faible pour comprendre la portée du serment ; 2°) celles qui, d'après les lois criminelles, sont indignes de témoigner ; 3°) celles qui sont dispensées pour cause de parenté ou d'intérêt et qui, cependant, consentent à le faire. Ces dispositions se justifient pour les mineurs et pour les gens atteints de faiblesse mentale ; elles se comprennent pour les condamnés, si elles ne leur confèrent pas le privilège de mentir avec impunité. Elles paraissent singulières pour la dernière catégorie. Puisque les personnes excusables consentent à témoigner, ne devraient-elles pas le faire avec les garanties ordinaires ? Les juges sont suffisamment armés contre elles par les vertus propres du régime de l'intime conviction.

D) Enquête à futur.

L'admission sans restriction du témoignage devait avoir pour corollaire l'autorisation de l'enquête à futur.

Relevons d'abord dans le Code Allemand une tendance très favorable aux actions provocatoires, aux actions tendant à la sauvegarde d'un droit qui ne peut être encore mis en œuvre : « Le demandeur peut agir en justice pour faire constater l'existence ou la non existence d'un droit ou d'une obligation, pour faire reconnaître un titre ou faire constater son authenticité, toutes les fois qu'il a intérêt à établir immédiatement, par une décision judiciaire, l'existence de ce droit ou sa non existence, la validité ou l'invalidité d'un titre » (13).

Un titre entier : le titre XI est consacré à la conservation de la preuve. L'article 485 établit le principe : « Il peut être procédé à des vues de lieux ainsi qu'à l'audition de témoins ou d'experts dans le but de conserver la preuve, s'il y a lieu de craindre qu'un de ces moyens de preuve ne vienne à faire défaut ou que l'usage n'en soit rendu plus difficile ».

(13) Art. 231, Code de Procédure, 1877.

Les demandes de cette nature sont portées devant le tribunal devant lequel l'action est pendante. S'il y a péril en la demeure, elles peuvent être aussi portées devant le tribunal de Bailliage, dans le ressort duquel se trouvent les personnes qui doivent être entendues ou les lieux qui doivent être visités.

La demande d'enquête comprend la désignation de l'adversaire, celle des faits de preuve, les noms des témoins requis et l'exposé des motifs qui font craindre que ce moyen de preuve se perde ou devienne plus difficile.

Le Tribunal apprécie la légitimité de ces motifs par un jugement, insusceptible de recours. Si la partie qui poursuit la preuve ne désigne point d'adversaire, sa demande n'est recevable qu'au cas où elle rend vraisemblable que, sans qu'il y ait de sa faute, elle n'est pas en état de faire cette désignation. Dans cette hypothèse, le tribunal peut nommer à l'adversaire inconnu un représentant qui aura la mission de sauvegarder ses droits, au moment de l'administration de la preuve.

Le jugement est signifié à l'adversaire, autant que les circonstances le permettent, avec assignation pour le jour fixé.

Chaque partie a le droit de se servir, au cours du procès, des pièces relatives à la preuve. Dans le souci bien compréhensible de garantir une contradiction effective, il est stipulé que ces pièces ne peuvent être utilisées si la partie adverse n'a pas comparu, à moins que le demandeur en preuve ne parvienne à établir que la citation a été omise ou n'a pas été donnée en temps utile, sans sa faute.

Lors de l'utilisation au fond des témoignages ainsi reçus, l'adversaire peut faire valoir tous les griefs qu'il avait à élever contre les témoins. Le tribunal du litige a toujours la possibilité d'ordonner que ceux-ci seront à nouveau entendus sur les mêmes questions ou sur de nouvelles.

Cette formule de conservation de la preuve est excellente. Elle garantit le respect des droits sacrés du défendeur. Elle

implique la démonstration préalable d'une véritable urgence. Elle n'exclut pas, si la nécessité s'en fait sentir, la nouvelle audition et la confrontation des témoins au grand jour de l'audience. Elle assure, avec tout cela, l'essentiel : la sauvegarde du seul moyen peut-être utilisable pour éclairer la justice.

Une telle institution, jointe aux deux règles de la publicité et de la suppression des incapacités et reproches, fait du système d'enquête établi par le Code de 1877, la procédure la plus perfectionnée en Droit Comparé, celle qui a les fondements les plus solides en psychologie, celle qui mérite le plus d'inspirer nos vœux.

CHAPITRE II

LES PROJETS DE REFORME EN FRANCE

Le Code de Procédure de 1806 n'a été, au cours de plus d'un siècle d'existence, qu'assez peu modifié. Il ne l'a point été du tout dans le domaine de l'enquête. Récemment, le décret-loi du 30 octobre 1935 est venu transformer certains de ses chapitres, relatifs à la conciliation, à l'instruction des affaires, aux jugements par défaut, à l'appel, aux exceptions et nullités. Rien en ce qui concerne l'administration de la preuve testimoniale ! Ce n'étaient cependant pas les projets qui faisaient défaut et la délégation des pouvoirs législatifs à l'exécutif eût facilité l'avènement d'une réforme audacieuse, en permettant d'esquiver les risques des débats et des oppositions.

Cette matière serait-elle intangible ? On serait tenté de le croire en présence des nombreuses propositions qui ont été formulées et de leur totale inefficacité à ce jour. On peut en effet caractériser les critiques, dirigées à cet égard contre le Code Napoléon, par leur ancienneté, leur unanimité et leur complet échec.

Ces critiques correspondent à des sources diverses : les unes émanent de la doctrine et comme telles, ne sont guère sorties du domaine de la théorie ; les autres se sont traduites en documents parlementaires, elles auraient dû normalement aboutir à des résultats concrets. Nous dirons la vanité des

efforts poursuivis par la commission créée sous le Second Empire de 1864 à 1868 et par celle que la Troisième République a instituée en 1883 et qui a continué son action jusqu'en 1898. Une troisième source est à noter : l'Association Nationale des Avocats de France qui a établi en 1935 un projet, en plusieurs points, digne d'intérêt. Nous l'examinerons donc, avant de signaler les tentatives ébauchées en vue d'amener la modification de la suppression du serment.

*
* *

§ 1^{er}. — L'ŒUVRE DE LA DOCTRINE

Les critiques se sont fait entendre dès les premiers temps de l'application du Code. Suivant l'expression justifiée d'Albert Tissier, « il n'y a pas eu et il ne pouvait y avoir pour lui, comme pour le Code Civil, une longue période de respect et d'admiration ». Dès 1819, lors de l'élaboration du Code de Procédure de Genève, le professeur Bellot, dans son exposé des motifs, le condamnait avec des appréciations sévères dont nous avons déjà recueilli l'écho.

Ne nous attardons pas au programme du gouvernement de 1848, plaçant la nécessité d'une réforme de la Procédure au nombre de ses revendications essentielles.

En 1851, l'Académie des Sciences morales et politiques mettait au concours le thème suivant : « Quelles sont, au point de vue juridique et au point de vue philosophique, les réformes dont notre Code de Procédure est susceptible ? » Plusieurs mémoires furent présentés. Celui de Raymond Bordeaux, ancien bâtonnier d'Evreux, fut couronné dans la séance du 25 juin 1853.

Qu'y lisons-nous ? Après avoir constaté que « la forme de l'enquête secrète est une bizarrerie, une exception au principe de publicité et de simplicité », l'auteur conclut à l'urgence d'une transformation radicale : il faut faire toutes les enquêtes

tes à l'audience, sans exception, en ayant soin de recueillir de façon complète les dépositions (1).

Vers la même époque, Lavielle (2) reprenait les mêmes arguments : « Les enquêtes sont l'instrument écrit de la preuve testimoniale, instrument compliqué, fragile et cher. La preuve par témoins est assez dangereuse en elle-même pour qu'on doive éviter de la rendre plus dangereuse encore par la manière de la constater. Malgré le peu de foi que lui accorde le législateur, elle embrasse souvent des intérêts considérables. C'est une raison de plus pour la bien organiser ». Et Lavielle d'ajouter : « Pour cela, il ne faut pas de grands efforts, d'innovations hasardées. L'organisation est toute faite. Elle est déjà inscrite dans la loi... Il ne s'agit que d'une substitution, d'une transposition de titre. A la place de celui des enquêtes ordinaires, mettez celui des enquêtes en matière sommaire, l'enquête orale à la place de l'enquête écrite, l'audition publique à la place de l'audition secrète... Jamais réforme législative n'aura été plus nécessaire et ne sera mieux accueillie ».

Malgré son peu d'efficacité, le mouvement d'opinion ne s'est pas ralenti. Allard, dans son rapport au nom de la commission de réforme du Code de Procédure Belge (3), condamnait le système des reproches, en soulignant son anachronisme et sa puérilité : « Les juges sont assez éclairés pour discerner le vrai du faux... Tout homme pouvant témoigner doit être admis à le faire. Libre aux parties de faire valoir contre son témoignage tout ce qui serait de nature à le fortifier ou au contraire à l'infirmier ».

En 1908, à la suite d'une enquête de la Chancellerie qui

(1) R. Bordeaux, *Philosophie de la Procédure Civile*, p. 542.

(2) Lavielle, *Etudes sur la Procédure Civile : Nécessité de réviser le Code de 1806*, p. 15.

(3) *Revue de Droit international et de Législation comparée*, 1870, p. 347.

avait consulté les cours et tribunaux sur la simplification des formes de procédure, le tribunal de Toulouse émettait l'avis, « devant les heureux résultats obtenus par les juridictions de répression au point de vue de la manifestation de la vérité, au moyen de la contradiction et de la confrontation, que le demandeur et le défendeur ne puissent désormais faire entendre leurs témoins que dans une enquête unique, où ils pourraient être confrontés » (4).

Nous n'ouvrons pas un traité sans y lire la même condamnation des reproches, du secret et du formalisme. M. Japiot, M. Morel, Garsonnet et César-Bru, Glasson sont unanimes à constater combien notre système d'exclusions est suranné et dangereux. La crainte d'encombrer les audiences peut les amener parfois à tempérer leurs conclusions en faveur d'une publicité absolue des enquêtes mais, en demandant la généralisation de l'enquête publique, ils s'accordent à souligner sa supériorité et le caractère illusoire des bienfaits attribués à l'enquête secrète.

M. Gorphe, seul, jette une note discordante, en ce qui concerne la publicité, du moins ; selon lui, « une critique sérieuse du témoignage s'accommode mieux du calme du cabinet » et il se borne à réclamer que « soit laissé au juge-commissaire la liberté de soumettre les témoins à des moyens d'investigation » (5). Par contre, il fait chorus avec tous les auteurs pour obtenir la suppression du formalisme archaïque des reproches. Son vœu premier ? Il est de « réduire le plus possible la réglementation légale en matière de témoignage afin de laisser à la critique judiciaire la souplesse et la liberté dont elle a besoin pour s'exercer ».

Il est vraiment surprenant que, devant le nombre, la persistance et l'autorité de ces critiques, l'édifice de 1806

(4) Zeglicki, *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1909, p. 25.

(5) *Op. cit.*, pp. 84 et 423.

soit demeuré intact et que nous en soyons à reprendre en 1941 le même procès que Bellot en 1819. Cette matière marque le triomphe incontesté de la routine. Ne désespérons pas de la vaincre.

*
* *

§ 2. — LES PROJETS DE 1868 ET 1894

Les premières tentatives de réformes, sur le plan législatif, remontent au Second Empire. Dès le 31 mars 1858, en présentant au Corps Législatif un projet sur la procédure d'ordre, le rapporteur Riché s'écriait : « Le moment est venu de réviser, avec mesure mais avec résolution, le Code de Procédure voté en 1806 ». Par arrêté ministériel du Garde des Sceaux Delangle, en date du 6 novembre 1862, une commission était instituée au Ministère de la Justice pour « rechercher les modifications utiles à apporter aux lois, décrets et ordonnances qui règlent la procédure civile devant les Cours et Tribunaux ».

Cette commission se réunit pour la première fois en 1864 et acheva ses travaux en 1868. Son rapporteur fut le Directeur des Affaires Civiles : Greffier. Le projet fut renvoyé au Conseil d'Etat qui détacha certaines parties, relatives aux ventes judiciaires et aux justices de Paix, pour un examen d'urgence. Le Conseil d'Etat abordait l'ensemble du projet quand les événements de 1870 vinrent suspendre ses opérations. En 1871, l'incendie allumé par la Commune devait détruire tous les documents et dossiers entassés dans ses bureaux.

Aux dires de Tissier, « cette commission fit un travail dont on ne saurait sans injustice contester la valeur et l'importance. Son œuvre a été trop modérée et prudente à l'excès, mais elle a été utile et a servi sur bien des points à la préparation du projet de révision de 1894 » (6).

(6) Article précité, p. 636.

Quels sont les principaux traits du projet de 1868, dans notre domaine ?

C'est d'abord la suppression de l'enquête ordinaire et l'application à toutes les affaires civiles de l'enquête sommaire. « La justice y perdra-t-elle des garanties ? se demandait le rapporteur Greffier. Nous avons dit que dans la pensée de la commission, elle y trouve des assurances de sincérité et des moyens puissants pour la manifestation de la vérité ». Une exception était prévue pour le Tribunal de la Seine : l'enquête pouvait y être confiée à un juge-commissaire mais avec la même publicité.

C'est ensuite la suppression des reproches qui rétablit le libre jeu de l'intime conviction.

C'est surtout l'assouplissement de l'audition des témoins. Jusqu'au dernier moment, les juges peuvent les interroger de nouveau, les confronter, en appeler d'autres d'office ; ils ont le droit de proroger l'enquête jusqu'à ce qu'ils aient la certitude d'avoir épuisé tous les moyens de recherche de la vérité.

Ces données, très intéressantes, allaient servir de base aux travaux, entrepris en 1883, par une seconde commission de réforme de la procédure. Celle-ci, constituée le 10 juillet 1883 sur un plan extra-parlementaire, aboutissait le 19 octobre 1886 au dépôt sur la tribune de la Chambre des Députés d'un premier projet de réforme partielle ; ce projet, connu sous le nom de projet Demole, supprimait lui aussi les reproches et établissait l'option de l'enquête à l'audience ou devant le juge-commissaire, pourvu que son caractère contradictoire fût respecté, grâce à la simultanéité des enquête et contre-enquête. Ce premier projet fut remplacé, le 6 mars 1890, par un second, plus étendu, présenté par le ministre Thévenet. La Commission travaillait toujours. En 1894, le Garde des Sceaux : Antonin Dubost, las d'attendre la fin de ses délibérations, faisait achever lui-même l'ensemble de la révision et le 5 mai 1894, au nom du Gouvernement, déposait un projet complet,

qui embrassait tous les chapitres du Code de Procédure (7).

L'heure de la réalisation était, pensait-on, venue. Hélas ! Le rapport du député Mougeot ne fut jamais discuté. Le projet Dubost devint caduc avec l'expiration de la sixième législature. Il fut repris le 25 octobre 1898 dans la législature suivante, sans parvenir à être sauvé de l'oubli. Son examen ne fut jamais abordé en commission parlementaire. « Une justice plus simple dans ses formes, plus rapide dans ses décisions, moins onéreuse surtout, est un des premiers besoins d'un régime démocratique et notre pays sera reconnaissant envers ceux qui lui assureront ce bienfait ». Ces promesses d'Antonin Dubost, dans son exposé des motifs, sont restées « lettres mortes ». La gratitude du pays attend encore l'occasion de s'exprimer.

Ce projet de 1894 méritait pourtant un autre accueil : Trois principes, en notre matière, l'inspirent : la procédure est orale, publique et contradictoire devant le Tribunal entier, en principe ; l'enquête et la contre-enquête sont simultanées ; les exclusions et reproches disparaissent. « C'est, note de la Grasserie (8), l'abandon presque total du système français et le rattachement au système allemand, au moins dans ses grandes lignes ».

Le jugement qui ordonne l'enquête, décide si l'enquête aura lieu devant le tribunal ou devant un juge. Si elle se déroule à l'audience, il précise si elle est publique ou à huis-clos. Les arguments, développés par Antonin Dubost, valent d'être notés : « Le procès-verbal du juge-commissaire indique sans doute avec précision les questions posées et leurs réponses,

(7) *Journal Officiel*, Documents parlementaires, Chambre 1894, Tome I, Annexe 596, p. 665.

(8) R. De La Grasserie, *Etude critique sur le projet de révision du Code de Procédure Civile*, p. 71.

mais il reflète, toujours, dans une certaine mesure, l'impression éprouvée par le juge. Il est impuissant à rendre l'attitude du témoin, l'accent de sa conviction, ou ses hésitations et toutes ces circonstances accessoires qui donnent à une déposition un caractère absolu de vérité ou lui laissent une valeur relative. Si l'enquête peut avoir lieu devant le tribunal, chaque juge sera en mesure de se faire une opinion personnelle ».

« Nous permettons donc au tribunal de décider si l'enquête aura lieu à l'audience ou devant un juge-commissaire. En principe, il est à désirer qu'elle ait lieu à l'audience. Toutefois, il était impossible d'en faire une obligation légale. Dans certains cas, le nombre des témoins, la longueur présumée des débats, l'encombrement du rôle du tribunal seraient un obstacle sérieux à l'expédition des affaires si toutes les enquêtes étaient portées à l'audience. Les tribunaux apprécieront ».

L'enquête et la contre-enquête ont lieu en même temps. Les témoins peuvent être interrogés plusieurs fois et confrontés entre eux. La justification de cette mesure est excellente : « Il nous a paru utile d'introduire une des règles suivies devant la justice répressive : rendre possible la confrontation entre les témoins, cités par les deux parties. Le Code actuel établit en quelque sorte deux enquêtes distinctes, successives, l'une à la requête du demandeur, l'autre à celle du défendeur. Ce formalisme ne peut être conservé. La réglementation des enquêtes doit avoir pour but unique la découverte de la vérité. Il n'y aura plus qu'une seule enquête ».

« Le défendeur est prévenu dans le jugement ordonnant l'enquête des points sur lesquels elle portera. Il sait immédiatement de quel côté l'attaque sera dirigée contre lui, quels témoins seront produits, par quelles dispositions il pourra répondre. Dès lors pourquoi maintenir une double formalité qui entraîne un double procès-verbal. Si, dans un cas exceptionnel, la production de certains témoins par une partie entraînait pour l'autre une sorte de surprise, la prorogation

d'enquête pourrait toujours être demandée et serait à coup sûr obtenue ». On voit mal quelles objections pourraient être élevées contre des observations aussi pertinentes. Signalons aussi deux autres dispositions qui accroissent de façon très heureuse les pouvoirs du juge-enquêteur : « Le président ou le juge-commissaire peut soit d'office, soit à la demande des parties interpellier les témoins sur les faits admis et sur tous autres dont la preuve paraît utile à la manifestation de la vérité ». « Le Tribunal ou le juge-commissaire peuvent même d'office, ordonner qu'à la requête de la partie qu'ils désignent, une citation sera donnée à des témoins qui n'ont pas été indiquées par les parties ».

Le fatras des reproches est aboli. Le rapporteur Mougeot en fournissait l'explication suivante : « On cherche avant tout à découvrir la vérité. Si l'un des témoins paraît dans des conditions telles que son impartialité puisse être mise en doute, des observations seront faites par l'adversaire. Le procès-verbal les relatera et le tribunal aura à la déposition tel égard que de droit. Il n'a pas paru nécessaire de poser dans la loi des règles précises à cet égard ». Bravo ! c'est l'évidence même !

Une seule exclusion est maintenue : celle des parents ou alliés en ligne directe et du conjoint. L'article 268 C. P. C. est, aux termes du projet, complété comme suit : « Nul ne pourra être assigné comme témoin s'il est parent ou allié en ligne directe ou son conjoint même divorcé... Néanmoins les personnes désignées au présent article peuvent être citées dans les procès relatifs aux questions d'état et dans les causes de séparation de corps et de divorce, mais elles peuvent se refuser à déposer ». L'article 270 devient alors le suivant : « Toutes les personnes autres que celles mentionnées dans l'article 268 seront admises comme témoins, à l'exception de celles que la loi ou des décisions judiciaires ont déclarées incapables de témoigner en justice. Ces dernières pourront seulement être entendues à titre de renseignements et sans prestation de serment ».

Nous sommes ici en présence d'une formule, digne d'être retenue. Les limitations à l'admission des témoins sont réduites au strict minimum. Elles sont corrigées par la notion du témoin nécessaire, étendue des actions en divorce et en séparation aux actions relatives à l'état des personnes, mais elle-même assouplie par la possibilité d'invoquer des dispenses, amplement justifiées par des considérations d'ordre intime.

Tel quel, le projet Antonin Dubost n'était pas sans lacunes. On doit cependant regretter qu'il dorme dans les cartons du Palais-Bourbon. Nous souscrivons au jugement d'Albert Tissier (9) : « Son vote intégral, sans amendement, ni addition, ni retranchement eût été un immense bienfait ».

*
* *

§ 3. — LE PROJET DE L'ASSOCIATION NATIONALE DES AVOCATS

En son Congrès de Nice de 1929, l'Association Nationale des Avocats de France dénonçait l'hypothèque qu'un long passé fait peser sur les formes de notre justice et décidait la nomination d'une commission chargée de rédiger un avant-projet de réforme du Code de Procédure. Les travaux de cette commission se sont prolongés durant cinq ans sous la direction de M. Jean Appleton, président fondateur de l'Association, professeur honoraire des Facultés de Droit. Cet avant-projet a été publié à la fin de 1934 (10) et discuté à l'assemblée générale extraordinaire du 4 mars 1935.

L'accueil ne fut pas chaleureux. Les nombreux mandataires des barreaux de la Métropole et des Colonies, présents

(9) Même article, p. 643.

(10) *Bulletin de l'Association Nationale des Avocats inscrits*, n° 53, octobre-décembre 1934.

à l'assemblée générale, votèrent le renvoi du projet devant une commission élargie, non sans fixer avec précision les directives dont celle-ci devait désormais s'inspirer. La vive émotion, soulevée par le texte en discussion, avait sa source, observons-le, dans la conception générale qui avait présidé à sa rédaction et qui réduisait le rôle traditionnel de l'avocat par l'organisation d'une procédure écrite, dirigée par un juge-rapporteur. L'opposition de l'assemblée du 4 mars 1935 était donc dictée, moins par la critique de telles ou telles réformes de détail que par le souci d'assurer le respect de la plaidoirie orale et l'indépendance des trois corps d'auxiliaires de la justice : avocats, avoués, huissiers (11).

Il serait par conséquent inexact d'en tirer argument contre les modifications projetées en matière d'enquête. Ce serait d'ailleurs dommage car celles-ci présentent, pour la plupart, un très vif intérêt. Seules, les dispositions, relatives aux reproches, appellent des réserves. Voici, du reste, une analyse rapide de ce projet :

Où aura lieu l'enquête ?... « soit devant le juge rapporteur, soit devant le tribunal entier, soit devant un juge de paix ou un autre magistrat de l'ordre judiciaire en cas d'éloignement des témoins, soit devant un agent diplomatique ou consulaire ou devant une autorité judiciaire étrangère pour les témoins résidant à l'étranger » (art. 149). Elle peut se dérouler indifféremment « au siège du tribunal, sur les lieux litigieux ou en tout autre lieu, suivant les besoins de la cause et d'après la décision du juge » (art. 152).

Comment se passe l'audition des témoins ? « Les témoins seront entendus séparément, hors de la présence des autres témoins ; ils pourront l'être hors de la présence des parties si le juge en décide ainsi. Mais, dans tous les cas, les avocats des parties pourront faire poser par le juge des questions aux témoins. Ils pourront être confrontés soit avec d'autres té-

(11) *Idem.*, n° 54, janvier-mars 1935.

moins, soit avec les parties. Ils pourront être rappelés, si besoin est » (art. 154). « Les avocats peuvent interroger directement les témoins et les parties, sauf au juge le droit de s'opposer aux questions captieuses, inutiles ou étrangères aux débats. Il sera dressé procès-verbal des questions que le juge aura refusé de poser ou de laisser poser si une des parties le requiert » (art. 156).

L'enquête doit être rapide : « La décision, ordonnant la preuve par témoins sera exécutoire par provision. L'enquête sera parachevée avec célérité, dans le délai fixé par le juge qui pourra le prolonger, si besoin est » (art. 150).

Elle ne comporte aucun formalisme. « Les témoins pourront être interrogés non seulement sur les faits articulés, mais sur toutes les circonstances ou dépendances de ces faits » (dernier alinéa de l'art. 149). « Les témoins, qui se seraient révélés après coup ou dont un incident de l'instruction ou des débats paraîtrait rendre l'audition désirable, pourront être entendus en tout état de cause, en vertu d'une ordonnance motivée du juge » (art. 151). « Si les noms ou adresses des témoins sont inconnus, il pourra être prescrit à la police judiciaire de les rechercher » (art. 148 *in fine*).

L'enquête à futur est permise en référé : « Toutes les fois qu'une partie, en vue d'un litige qu'elle se propose d'intenter, aura lieu de craindre la défaillance ou l'absence d'un ou de plusieurs témoins, elle pourra demander au juge des référés d'ordonner leur audition au besoin d'heure à heure, devant tel magistrat que le juge désignera. Il sera dressé procès-verbal de cette audition et les formes prescrites dans les articles qui suivent seront observées dans la mesure conciliable avec l'urgence. Les mêmes témoins pourront être entendus à nouveau et confrontés, s'il y a lieu, au cours de l'instance » (art. 146). Au titre des référés, l'article 436 consacre les mêmes principes : « Le juge des référés peut ordonner toute mesure d'instruction justifiée par l'urgence, telle que audition de témoins ou toutes vérifications même à l'occasion d'une instance non encore

introduite ». L'article 436 rappelle ensuite cette règle de sagesse : « Les ordonnances sur référé ne statuent qu'au provisoire et sans préjudice de ce qui sera décidé sur le fond ».

Cette possibilité de solliciter l'enquête d'urgence en référé constitue la vraie nouveauté du projet de l'Association Nationale des Avocats. Il en est une autre qui vaut d'être retenue : c'est l'ensemble des moyens, mis à la disposition du tribunal, pour exercer une critique sérieuse du témoignage. Ils sont au nombre de trois : notations du juge-enquêteur en cas de rédaction de procès-verbal, recherche de renseignements sur les témoins, nouvelle audition devant les juges du fond.

« Le juge fera mention au procès-verbal de tout incident qui lui paraîtrait notable ou dont il lui serait demandé acte par une partie. Il y indiquera, s'il le croit utile, le degré de créance que lui paraissent mériter les témoins et les raisons qui justifient son opinion. Il siégera au nombre des magistrats qui rendront le jugement à moins d'empêchement dûment constaté. Les juges pourront dans ce cas, lui demander des renseignements verbaux ou par écrit » (art. 158).

En ce qui concerne les renseignements, l'article 159 stipule : « Les juges peuvent toujours s'enquérir auprès de toute autorité publique ou de tout service judiciaire ou de police, de la moralité du témoin et du degré de créance que peut mériter sa déposition. Ces renseignements sont communiqués aux conseils des parties ».

Nous lisons enfin dans l'article 161 : « Le Tribunal peut toujours appeler à sa barre soit les parties soit un ou plusieurs témoins, qu'ils aient été ou non déjà entendus, les interroger ou les confronter sur les faits du litige. Il règle lui-même le mode de convocation. Dans les causes sujettes à appel, il est dressé procès-verbal de leurs dépositions ».

Toutes ces suggestions sont excellentes. Elles répondent à l'idéal d'une justice plus sûre, plus prompte, moins coûteuse. Elles marquent un réel progrès sur le plan psychologique en

particulier, en ouvrant la voie aux investigations destinées à contrôler la foi qu'imposent les témoins.

Pourquoi faut-il que ce projet si neuf maintienne pour les reproches des errements désuets ? Le texte est le suivant : « Les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties ou de son conjoint même divorcé pourront être reprochés. Les reproches formulés contre les dépositions, tels que ceux fondés sur la parenté ou l'alliance, sur l'animosité personnelle, sur les liens de subordination, sur ceux d'une étroite amitié seront consignés au procès-verbal. Le tribunal statuera sur les reproches et écartera les dépositions du débat, lorsqu'il apparaîtra que la cause du reproche a pu influencer sérieusement sur la sincérité du témoignage » (art. 155).

Cette disposition ne se justifie pas. Certes le système du Code est nettement assoupli, en ce que l'existence de la cause du reproche ne suffit plus à entraîner le rejet automatique du témoignage. Un critérium de raison est introduit ; désormais le reproche ne joue que si le tribunal estime que son motif a exercé une influence sérieuse sur la sincérité du témoignage. Le progrès est incontestable puisqu'il y a, dans chaque espèce, une appréciation subjective.

Une autre vérité triomphe : c'est qu'il est impossible d'enfermer dans un texte tous les motifs de suspicion susceptibles de déformer un témoignage. Le projet est de toute évidence énonciatif. Cela vaut mieux que de tenter une énumération qui devrait être en principe limitative et que l'expérience oblige, après coup, à étendre dans des proportions démesurées. Si les reproches doivent subsister, cette dernière formule est préférable.

Mais pourquoi dire que le reproche entraînera, comme par le passé, l'écart des dépositions qu'il vicie ? Pourquoi ne pas se borner à proclamer que les juges y auront tel égard que de raison ? Il faut répéter que nous ne sommes plus à une époque où les témoignages se comptent mais se pèsent. Tout est-il à rejeter d'un témoignage en apparence partial ? Ne peut-on pas admettre que la Justice peut y puiser certaines

données qui, rapprochées d'autres éléments constants aux débats, l'éclaireront de façon fort utile ? Direz-vous qu'en ce cas, le tribunal décidera que le témoignage n'est pas vicié par le reproche ? Soit, il le peut. Convenez alors qu'il est inutile de faire appel à la notion de reproches. Celle-ci est à la vérité dangereuse. Elle doit disparaître.

Abstraction faite de cette erreur particulière, le projet Appleton mérite de retenir l'attention du législateur. Avec les travaux de la Doctrine et ceux des commissions ministérielles du Second Empire et de la Troisième République, il représente un effort cohérent et vigoureux de réformes, qui devrait être couronné de succès, si l'histoire ne nous enseignait l'enracinement routinier de notre procédure traditionnelle, cette procédure qui, suivant le mot du président Sarrau : « évoque par un piquant paradoxe, la technique la plus moderne de la production : le travail à la chaîne, mais pour plus de lenteurs et de complications » (12).

*
* *

§ 4. — LES PROJETS DE RÉFORME DU SERMENT

Nous ne tresserons pas les mêmes couronnes de fleurs aux auteurs des divers projets de réforme du serment. Ces projets ont charmé les loisirs du Parlement français, entre 1880 et 1900. Le plus surprenant est qu'ils n'aient pas abouti, à une époque où triomphaient tant de textes, destinés à saper les croyances séculaires des Français.

Le 6 février 1881, une proposition de loi Jules Roche était déposée pour atténuer la religiosité du serment. Elle était ainsi conçue : « Dans tous les cas où il y a lieu à prestation de serment, la formule sera « sur mon honneur et sur ma

(12) *Idem.*, n° 55, avril-juin 1935.

conscience, je le jure ». Le texte fut adopté par la Chambre des Députés le 24 juin 1882.

Simultanément, le Garde des Sceaux Humbert déposait le 19 mars 1882 (13) un projet qui permettait l'option entre la formule religieuse et la formule laïque, entre « je le jure » entaché de cléricalisme et « je le promets ou je l'affirme ». Le texte Roche fut rejeté au Sénat, qui vota le texte remanié de Humbert le 26 février 1883, en modifiant d'ailleurs seulement l'article 312 C. I. C., relatif à la prestation de serment du jury. L'accord n'a jamais pu s'opérer depuis entre les deux assemblées. De nombreux rapports sommeillent dans les cartons du Parlement. Qu'ils continuent d'y dormir !

Le rapporteur E. Julien croyait pouvoir justifier ainsi ces projets : « Les hommes se divisent en deux catégories : les honnêtes gens et les coquins. Aux premiers, pas n'est besoin de présenter la menace d'un Dieu rémunérateur et vengeur. Aux seconds, la crainte de Dieu ne pèsera guère. Le plus sûr sera la crainte de la loi » (14). On a fort judicieusement réfuté ce dilemme. Le monde n'est pas composé que d'hommes d'élite et de crapules. Il est surtout fait de médiocrités morales, de natures molles dont la faiblesse a besoin d'être fortifiée. L'honnête homme, lui-même, devant la force des mobiles qui le poussent à dénaturer la vérité, a besoin parfois de se sentir soutenu. Puisque la sagesse millénaire des nations a toujours recherché cet adjuvant du serment, ne le décapi-tons pas en lui retirant sa signification profonde.

Il existe d'autres modifications plus nécessaires et plus urgentes à apporter au Code de Procédure. Ce chapitre aura montré que les matériaux ne manquent pas et que certains sont de qualité.

(13) *Journal Officiel*, Débats parlementaires, Chambre 1882, p. 346.

(14) *Journal Officiel*, Documents parlementaires, Chambre 1882, p. 1.531.

CHAPITRE III

VŒUX ET CRITIQUES

Nous voici arrivés au terme de notre périple à travers le Code de Procédure, les projets qu'on a tenté de lui substituer et les législations étrangères. L'heure est venue de conclure. Nous nous y essaierons, sans illusion, étant donné l'inanité des efforts déployés par tant de devanciers, auxquels ne faisaient défaut ni l'autorité, ni l'influence. Nous savons toutefois qu'aucune loi humaine n'est intangible, que la procédure est, comme les autres institutions, perfectible et que, parfois, la voix qui crie dans le désert parvient à se faire entendre.

Replaçons-nous d'abord devant le problème vrai de l'enquête. Il est, avons-nous dit, d'assurer la fidélité du témoignage, c'est-à-dire de transmettre aux juges du litige la vision la moins déformée de la réalité qu'ils auront à apprécier.

La preuve testimoniale est fragile. Elle risque d'être dangereuse. Nous ne l'ignorons pas. Au nom de cette méfiance, on peut rétrécir son champ d'application. On ne doit pas, une fois son admission décidée, hérissier sa réception de telles difficultés que la manifestation de la vérité s'en trouve paralysée. C'est un mode de preuves faillible ? Soit mais c'est peut-être le seul à notre disposition. La loi l'autorise. Accordons-lui le rendement le meilleur.

Ceci bien compris, la logique impose certaines nécessités :

- la nécessité d'un témoignage direct, qui émane de celui qui a perçu « *propriis sensibus* » ;
- la nécessité d'un témoignage sincère, insensible aux tentations du mensonge ;
- la nécessité d'un témoignage rapide, pour mettre les souvenirs à l'abri de l'usure du temps ;
- la nécessité d'un témoignage libre, pour le protéger contre toutes les suggestions du dehors ;
- la nécessité d'une connaissance directe du témoin par le juge pour éviter les inévitables déformations du procès-verbal ;
- la nécessité d'une libre critique du témoignage, fondée sur l'appréciation des facultés et de la moralité du témoin ainsi que sur les conditions de formation de son témoignage, afin de déterminer une adhésion authentique des magistrats.

Tel est l'idéal à atteindre. Ses requêtes seront-elles toujours satisfaites ? Non, puisque nous avons déjà dû admettre le témoignage indirect, lorsqu'il apparaît le seul possible. Essayons néanmoins de traduire dans le concret ces exigences. Elles aboutissent, semble-t-il, à ceci :

- n'écarter aucun témoin possible, sans motifs graves ;
- maintenir cette double garantie de sincérité que constituent le serment et la sanction du faux témoignage ;
- procurer au tribunal un contact direct avec le témoin ;
- permettre à l'audience une audition souple de ce dernier ;
- donner aux juges les moyens de réaliser, en toute liberté, la critique complète du témoignage.

Nous nous mettons dans le cadre des conquêtes réalisées par le Code de Procédure et dont nous avons déjà dit l'excellence : obligation de comparaître, oralité du témoignage, audition séparée du témoin, intime conviction du juge... Leur permanence reste la pierre angulaire de l'édifice à construire. Mais il y a plus à détruire qu'à conserver. Il n'est pas vrai d'affirmer, comme Ihéring, que toutes les formes sont « les

sœurs jumelles de la liberté, l'école de la discipline et de l'ordre ».

*
* *

§ 1^{er}. — N'ÉCARTER AUCUN TÉMOIN POSSIBLE SANS MOTIFS GRAVES

Le principe de l'exclusion est foncièrement mauvais ; il est de nature à empêcher de parvenir à la vérité. « L'exclusion de toute preuve, c'est, selon Bentham, l'exclusion de toute justice ».

Répétons ces vérités d'évidence : le témoin n'est pas le résultat d'un choix. C'est le hasard, le plus souvent, qui lui procure le spectacle fortuit de certains faits, sur lesquels il peut seul désormais déposer. Qu'importe que son passé ne soit pas sans taches, que des griefs justifiés puissent être élevés contre lui ! Il est celui qui a vu ou entendu. On ne lui accorde pas une grâce, on ne lui fait pas un honneur en l'admettant à témoigner. On lui demande seulement de remplir un service public.

C'est encore Jérémie Bentham qui, dans une page remarquable, a le mieux fait éclater les vices des exclusions. La citation est longue, nous nous en excusons, mais n'est-elle pas d'une justesse criante ? « Les témoins sont les yeux et les oreilles de la justice. Plus cette vérité est évidente, moins on conçoit que le système d'exclusions par rapport à des classes nombreuses ait généralement prévalu. Ce serait un tableau curieux que celui des règles diverses et contraires, adoptées sur ce point par les jurisprudences les plus célèbres ».

« On a ôté le droit de témoigner à raison de l'âge, l'enfant étant considéré comme incapable de confiance, de discernement ; à raison du sexe, la femme étant envisagée comme ne sortant jamais de l'enfance ; à raison de la servitude, les esclaves ne pouvaient pas témoigner contre des hommes libres, des domestiques contre leurs maîtres ; à raison de la parenté,

c'était violer une relation morale ou un droit naturel que de faire déposer une femme contre son mari, un enfant contre son père, un proche contre son proche ; à raison de la religion ou du culte, les ennemis de la foi ne devaient pas être écoutés comme un fidèle et ceux qui refusent une certaine forme de serment n'étaient dignes d'aucune créance ; à raison de la couleur, un noir n'était pas censé un homme quand il s'agissait de déposer contre un blanc ; à raison de la dignité des personnes, la dispense de rendre un service à la société fut un privilège d'honneur ; à raison d'un intérêt pécuniaire dans la cause comme si tout intérêt, même le plus faible, devait anéantir la probité ; à raison d'une condamnation judiciaire à laquelle on attachait arbitrairement cette déchéance. En un mot, il n'est point de prétexte qui n'ait servi chez quelque peuple à exclure des classes de témoins. Réunissez tous ces prétextes, il n'y aurait plus de témoignage en justice » (1).

Si paradoxal qu'il puisse sembler, le pamphlet est exact. Plus il y a d'exclusions, moins il y a de chances de faire la lumière dans un litige.

Nous concluons donc à la réduction au minimum des incapacités, à l'abolition du système des reproches, à la limitation du secret professionnel et, comme il est des cas où l'on peut redouter cette autre forme d'exclusion qu'est la déperdition d'un témoignage, à l'admission de l'enquête en référé sous certaines garanties.

A) *Réduction au minimum des incapacités.*

Nous avons relevé deux incapacités dans le Code de Procédure : l'incapacité absolue qui frappe les indignes, l'incapacité relative qui atteint les parents ou alliés en ligne directe de l'une des parties ou son conjoint même divorcé.

(1) Bentham, *Des preuves judiciaires*, Livre VII, ch. I.

Cette dernière seule doit être maintenue. D'aucuns préfèrent la formule allemande de dispenses. De la Grasserie écrit par exemple : « La parenté peut dispenser le témoin de déposer mais ne saurait l'exclure raisonnablement s'il veut le faire. Sans doute, on peut supposer le parent favorable, à moins que ce ne soit exactement le contraire. S'il veut témoigner, c'est qu'il se sent la conscience à l'aise » (2). Cet argument n'est pas décisif. Quel est en effet le fondement de l'incapacité ou de la dispense ? Une considération de décence. Il est inutile, dans une enquête, d'imposer aux plus proches parents d'une partie un choix cornélien entre le respect de la vérité et celui d'une très légitime affection. Il serait surtout immoral d'y opposer les membres d'une même famille, vivant au même foyer. Or, le témoin peut fort bien se sentir la conscience à l'aise et s'associer cependant à une action choquante. Les discussions du prétoire ne doivent pas franchir les limites domestiques.

Nous faisons nôtre le projet de 1894. Les parents ou alliés en ligne directe sont incapables sauf en matière de divorce, de séparation de corps et de procès relatifs aux questions d'état. Dans cette hypothèse même, la théorie du témoin nécessaire doit fléchir devant les scrupules de conscience du témoin. Nous lui reconnaissons la possibilité de se récuser.

Il n'y a pas les mêmes raisons de conserver l'incapacité relative des indignes. Un gros progrès sera déjà réalisé le jour où les reproches seront supprimés. Nous avons exposé en effet les résultats désastreux du cumul de l'indignité, cause d'incapacité et de l'indignité, cause de reproche. La seconde permet d'écarter du débat les simples renseignements que la première autorise. Là où celle-ci se réduit à une dispense de serment, celle-là entraîne une exclusion totale. La disparition des reproches laisserait subsister l'audition de l'indigne à titre de renseignements, sans prestation de serment.

(2) De La Grasserie, *Etude Critique sur le projet de révision du Code de Procédure Civile*, p. 74.

Ce résultat, pour heureux qu'il soit, ne suffit pas à nous satisfaire. Le maintien de l'incapacité aboutit à permettre aux indignes de mentir en toute quiétude, avec la certitude de l'impunité. S'il n'y a pas le serment, il n'y a pas délit de faux-témoignage. Ainsi, ceux dont on prétend redouter le plus le mensonge pourront l'accomplir sans être châtiés. Quel illogisme !

A cela, il y a deux remèdes possibles : ou bien considérer les indignes comme des témoins ordinaires et leur faire prêter serment, ou bien compléter la conception classique du faux-témoignage en les punissant des mêmes peines que les témoins. En faveur du premier système, nous observerons à nouveau ceci : d'une part l'honnêteté est souvent divisible et, d'autre part, il est excessif de considérer *a priori* qu'un homme, parce qu'il a subi certaines condamnations infamantes, est insensible à la signification du serment.

Si le législateur conserve cette crainte de voir profaner le serment et persiste à vouloir séparer les bons des méchants, le second système donne toute satisfaction. L'indigne ne sera pas exclu puisqu'il n'y aura plus de reproches. Il connaîtra cependant la crainte salutaire du châtiment, qu'émousse difficilement la pratique même fréquente des tribunaux répressifs.

B) *Abolition du système des reproches.*

La condamnation des reproches est si ancienne et si unanime qu'elle devrait être acquise depuis longtemps. Unanime ? Oui, car nous ne connaissons qu'un auteur à avoir eu le courage de tenter récemment de prendre leur défense (3).

Pour cet auteur, le reproche, quoique empirique, est un heureux préservatif, car le juge, comme tout être humain, est

(3) Paulus, *op. cit.*, p. 64.

sujet à l'erreur et peut manquer de circonspection. L'expérience ne suffit pas à le mettre à l'abri d'une appréciation erronée. « La preuve par intime conviction, si elle fonctionnait seule, sans que le juge soit renseigné sur la valeur des témoignages, contribuerait à égarer la justice ».

Cette prétendue justification repose sur une équivoque qu'il faut dissiper. Il est évident que les magistrats ont besoin d'être renseignés sur les motifs de suspicion inspirés par le témoin. Cela n'impose pas l'écart total d'un élément de preuve, qui peut n'être pas négligeable.

Au fur et à mesure de cette étude, nous avons abordé quelques-unes des critiques que mérite le système des reproches.

Nous avons dit leur anachronisme. C'est une survivance historique du régime des preuves légales. Il était logique de prévoir le rejet automatique de certaines dépositions dès lors que la vérité résultait de leur dénombrement. Il fallait bien permettre de soustraire là où l'objet était d'additionner. Mais maintenant que le Code a prétendu bannir l'arithmétique du domaine de la certitude judiciaire, qu'il n'y a plus de comptes à établir, pourquoi conserver la soustraction ? La nécessité d'une liberté toujours plus grande doit faire rejeter tout ce qui, de façon directe ou indirecte, empêche le juge de formuler sa pensée et pèse sur sa conscience. Citons encore Bentham (4) : la fausse règle en matière de procédure est celle « qui tend à mettre en contradiction la décision du juge et de la loi, qui entraîne le juge à prononcer contre sa persuasion intime, à sacrifier le fond à la forme, à juger comme homme de loi tout autrement qu'il ne le ferait comme homme privé ».

Nous avons dit aussi le danger accru qui provenait de la multiplication des reproches. L'énumération de l'article 283 C. P. C. embrasse déjà une classe impressionnante de témoins. La création jurisprudentielle des reproches facultatifs l'a

(4) *Op. cit.*, Livre II, p. 242.

démessurément étendue, sans qu'il soit possible de trouver dans la loi un fondement juridique à cette extension. L'erreur psychologique qui est à la base de la notion de reproches a donc de ce fait une nocivité multipliée. C'est ce que traduit d'excellente manière la page célèbre de Bentham que nous venons de citer. Son apostrophe finale constitue la plus exacte des conclusions : « Homme injuste..., par le principe de l'exclusion vous n'avez rien à craindre ; plus il y aura de ces témoins dont on vous délivre, plus vous ferez le mal avec sûreté » (5).

Nous avons également souligné au passage combien la plupart des applications particulières des reproches étaient injustifiées. Les liens de parenté sont si souvent distendus qu'ils recouvrent en général plus d'indifférence que de partialité. L'héritier présomptif peut avoir beaucoup moins d'intérêt à se ménager les bonnes grâces d'une partie que le légataire universel, déjà désigné et connu de cette dernière. La remise d'un certificat n'exclut pas le respect de la vérité et n'interdit pas au témoin de corriger éventuellement ses déclarations premières. Le fait d'avoir été condamné comme voleur n'implique pas qu'on doive être considéré comme menteur. La dépendance qui naît de la domesticité n'est pas le gage certain que le serviteur a aliéné sa liberté de pensée et de parole. N'insistons pas sur le soupçon injurieux qui frappe quiconque a bu ou mangé avec le plaideur qui le fait citer. C'est un grief puéril ! Bref, l'énumération de l'article 283 se défend mal. Les reproches, de création prétorienne, ont une solidité plus grande. Pourquoi ? parce que l'appréciation de la partialité varie avec chaque espèce.

Nous touchons ici au vice fondamental des reproches. Le système repose sur des caractères extérieurs souvent trompeurs. Il est des liens étroits, d'une influence plus forte, qui

(5) *Op. cit.*, Livre VII, ch. 3, p. 96.

ont été omis : l'amitié a plus de poids qu'une alliance éloignée. Un témoin honnête sera donc écarté, parce qu'il rentrera dans le cadre arbitraire de l'article 283 ; un mauvais témoin continuera à passer à travers les mailles de prohibitions légales. La méthode est artificielle et vaine. La définition précise du témoin suspect échappe au législateur. Il y a plus : « Toute notre réglementation, écrit M. Gorphe (6), est basée sur une vieille notion, aujourd'hui convaincue de fausseté, qui se bornait à tout rejeter des mauvais témoins, à tout accepter des bons. On ne connaissait que les erreurs grossières provenant d'une incapacité notoire ou les erreurs volontaires : les mensonges qui rendent suspecte la déposition entière. Or il a été établi, à la suite des expériences de Binet, que les erreurs sont les éléments constants du témoignage, que celui-ci est toujours une reproduction lacunaire et déformée de la réalité, que les erreurs sont généralement spéciales (elles portent sur certains points de l'ensemble observé), qu'elles ont souvent la même précision de détails que les souvenirs exacts ».

Il ne faut donc pas écarter d'avance certaines catégories de témoins déterminés. Il faut seulement permettre l'écart du témoin dans tous les cas qui apparaîtront motivés, d'office ou à la demande des parties. C'est la formule du rapport Mougeot, relatif au projet Antonin Dubost, que nous avons cité plus haut : « Si l'un des témoins paraît dans des conditions telles que son impartialité puisse être mise en doute, des observations seront faites par l'adversaire. Le procès-verbal les relatara et le tribunal aura à la déposition tel égard que de droit ». C'est aussi la conclusion du traité classique de Glasson : « C'est aux parties à faire valoir et au juge à constater tous les faits de nature à faire suspecter la sincérité et l'impartialité du témoignage fourni. Il n'est pas nécessaire

(6) *Op. cit.*, p. 35.

que la loi établisse, en dehors des cas d'incapacité, des cas de récusation » (7).

Il faut que le législateur se décide à faire sans réserve confiance à la sagesse et au discernement des juges. Ceux-ci doivent être tenus pour capables de prendre et de laisser ce qu'il faut dans un témoignage, de faire la part non seulement de l'influence déformatrice des passions et de l'intérêt, mais de tout ce qui, dans l'aptitude du sujet et la perception de l'objet, a pu accroître ou diminuer la valeur du témoignage.

Ceci procure du même coup une solution rationnelle au problème des aliénés. Nous avons signalé l'existence de la question, le silence total du Code et la suggestion de M. Paulus, demandant que ne soit entendue qu'à titre de renseignements « toute personne qui est ou a été aliénée ou a souffert d'une maladie mentale dûment reconnue ». Ce critère était trop absolu. S'il est une branche de la médecine où subsistent de nombreux points d'interrogation, c'est certes celle des maladies mentales. Mais il ne suffira pas de déterminer le trouble, il faudra encore rechercher quelle a été son influence exacte sur la déposition. Ce n'est point là matière à application d'un système préétabli, conçu une fois pour toutes et de façon immuable. Laissons faire l'appréciation subjective du juge à condition de lui fournir les moyens d'effectuer les investigations utiles.

c) *Limitation du secret professionnel.*

Nous savons qu'il y a parfois conflit entre deux obligations impérieuses : celle de déposer, que nous avons assimilée à un service public, celle de respecter le secret professionnel, qui répond à la double nécessité de sauvegarder l'intérêt des clients et l'honneur de la profession, dans certaines activités

(7) Glasson, Morel et Tissier, *op. cit.*, p. 777.

qui réclament une particulière confiance. Comment résoudre ce conflit ?

Nous avons exposé les abus auxquels la jurisprudence, malgré un récent revirement, s'est laissé entraîner sous l'influence de la Doctrine Médicale : abus d'étendre l'article 378 du Code Pénal au témoignage en justice, abus de proclamer l'inutilité de l'intention de nuire, abus de comprendre dans le cercle des révélations punissables la simple indiscretion qui n'est pas dommageable, *a fortiori* celle qui serait favorable à celui qui s'est confié, abus de refuser la levée du secret au client, abus de l'extension à trop de personnes qui ne sont pas des confidents nécessaires et à trop de faits qui ne sont pas confiés sous le sceau de la confiance... Les dernières manifestations de la jurisprudence laissent espérer un redressement ; mais l'intervention législative ne serait pas inutile.

En droit comparé, la solution est très libérale. En Belgique, le secret ne peut être opposé par le témoin. L'article 458 du Code Pénal excepte expressément les cas où les confidents nécessaires sont appelés à rendre témoignage en justice. En Allemagne de même : le déposant peut toujours lever le secret. A Genève et à Berne, où notre article 378 est appliqué, il est de jurisprudence que la révélation en justice n'est pas un délit.

Nous souscrivons volontiers aux modifications projetées par M. Perraud-Charmantier, en ce qui vise l'article 378 du Code Pénal et l'article 283 du C. P. C. (8).

Article 378 C. P. : « Chacune des personnes ci-après énumérées, qui a révélé un fait caché à elle confié soit expressément, soit tacitement, dans l'exercice de sa profession, par un particulier ayant intérêt à ce qu'il demeure tel et dont la révélation lui préjudicierait, est coupable de révélation du secret professionnel.

« Indépendamment des personnes tenues à l'obligation du

(8) Perraud-Charmantier, *op. cit.*, pp. 314 et suivantes.

secret professionnel par les lois qui leur sont spéciales, les commissaires de police, officiers de police judiciaire, agents de la sûreté et ministres du culte sont tenus de ne pas révéler, sans autorisation de celui dont ils le tiennent, le fait à eux confié expressément et sous le sceau de la confiance.

« Sont astreints en outre à ne pas révéler, sauf autorisation de celui à propos de qui ils les tiennent, les faits secrets par nature commis dans l'exercice exclusif immédiat de leur profession, les auxiliaires habituels des personnes ci-après désignées : confesseurs, avocats, avoués, notaires, médecins et chirurgiens civils et militaires, chirurgiens-dentistes, pharmaciens, sages-femmes, directeurs d'établissements hospitaliers.

« En toute hypothèse, l'obligation du secret peut être levée sur l'autorisation de celui qui s'est confié soit explicitement soit implicitement. Celui-ci seul a cette faculté. Son autorisation est nécessaire et suffisante. La levée peut être tacite comme résultant de circonstances de fait précises. Quoique délié, le confident nécessaire n'est pas tenu de joindre son consentement à celui dont il tient le secret.

« Les personnes coupables de révélation de secrets seront punies d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cents francs ».

Article 283 C. P. C. : 3^e alinéa : « Bien que les confidents nécessaires tenus par la loi à l'obligation du secret professionnel ne soient pas reprochables, leurs dépositions et les pièces émanant d'elles qui auraient été produites pourront être écartées des débats si celui qui leur a confié le secret ou à propos de qui il a été appris, n'y a pas consenti. A défaut de protestation ou de réserves de sa part, la déposition et les pièces produites produiront leur plein et entier effet et feront preuve pleine et entière sauf à la victime à se pourvoir comme elle avisera devant la juridiction civile ».

A cette rédaction, il conviendrait d'apporter deux correctifs : énumérer d'une façon plus soignée les personnes obli-

gées aux termes du nouvel article 378, de taire les faits secrets par nature, en commençant par viser les titulaires des professions assujetties avant de nommer leurs auxiliaires habituels ; supprimer, dans ce qui devait être le troisième alinéa de l'article 283, toute allusion au système des reproches, appelé à disparaître.

Ces réserves faites, le projet Perraud-Charmantier paraît à retenir. Il donne d'abord une saine définition du secret professionnel ; il n'y aurait plus délit de révélation s'il ne s'agit pas d'un fait caché ou si le particulier n'a pas intérêt à ce qu'il demeure tel. Il établit une distinction utile entre les confidents nécessaires, tenus même pour les faits secrets par nature, c'est-à-dire pour tout ce qu'il leur a été donné de voir, d'entendre, de comprendre dans l'exercice de leur profession et certaines autres fonctions où l'obligation n'existe que pour les faits confiés expressément et sous le sceau de la confiance. Il autorise la levée du secret par celui qui s'est confié : l'autorisation de ce dernier est nécessaire et suffisante. Il ajoute cependant une exigence, selon nous, très légitime : quoique délié, le confident nécessaire n'est pas tenu de joindre son consentement à celui dont il tient le secret. Nous nous sommes expliqués sur l'excellence de cette théorie (9) ; deux consentements ont fait le secret, deux consentements doivent le défaire.

La sanction prévue en cas de témoignages donnés sans autorisation est celle qu'impose la morale : le rejet brutal des débats. Mais il est sage de décider que, si la partie intéressée n'a pas protesté, la déposition du confident fera preuve pleine et entière, sous réserve de l'action civile en dommages-intérêts.

Cette conception du secret professionnel respecte l'honneur de la profession, sans empêcher certaines révélations qui,

(9) Première Partie, chap. III, § IV.

n'étant pas nuisibles aux clients, sont précieuses pour la justice. Elle mérite notre approbation.

d) Conservation du témoignage : enquête en référé.

Résumons la position du problème de l'enquête à futur.

Le Code de Procédure ne réglemente que l'enquête incidente. Il suppose un procès engagé, une instance en cours. Il est cependant des hypothèses où, avant tout litige, le bénéficiaire d'un droit a des raisons de craindre la disparition d'un témoin, de celui-là même peut-être de qui dépend l'efficacité de ce droit. Peut-on priver cette personne de la possibilité de recueillir le témoignage, menacé de disparaître et de le conserver en vue du litige futur ? Non. Il y aurait un véritable déni de justice à lui refuser ce moyen de preuve. Sur le principe, l'accord doit être général.

L'expérience du passé fait apparaître les dangers de l'enquête à futur : danger d'esquiver la contradiction, danger de tourner la prohibition de la preuve testimoniale. Ces dangers ne sont pas niables ; ils peuvent être évités si certaines précautions sont prises. Le développement moderne de la procédure des référés doit procurer la solution désirable. Nous avons cité l'exemple, unique en jurisprudence, du juge des référés de Tulle (10), prescrivant l'audition d'urgence d'un témoin très âgé et malade, sans attendre que la Cour, saisie de l'appel du jugement statuant sur l'enquête, se soit prononcée. Les motifs de l'ordonnance sont intéressants : « D'une manière générale, le juge des référés peut ordonner, en raison de l'urgence, toute mesure qui peut être utile à l'une des parties sans nuire à l'autre et sans préjuger du principal. La loi ne lui interdit pas de prescrire une instruction par enquête sur des faits articulés devant lui et dont la pertinence quant

(10) Trib. de Tulle, 1^{er} juillet 1926, *G. P.*, 1926.2.578.

au fond n'est point déclarée, mais qui peuvent présenter de l'importance pour la sauvegarde ou la conservation de certains intérêts que des événements prévisibles compromettraient ». Remarquons qu'il s'agit d'une espèce où l'action était engagée, où par conséquent le seul obstacle résidait dans l'effet suspensif de l'appel.

Le problème est plus large ; il doit embrasser l'hypothèse où aucun litige n'est encore né. Nous préconisons de généraliser le référé, ainsi que le demande le projet rédigé au nom de l'Association Nationale des Avocats. Qui dit référé dit urgence ; du même coup seront écartés les risques d'une assignation abusive. Etant donné que le demandeur fera l'avance de tous les frais et que ceux-ci s'élèvent rapidement, les abus sont peu à craindre. Qui dit référé dit également admission provisionnelle, sans préjudicier au principal. La question de l'admissibilité de la preuve testimoniale demeurera donc entière. La peur de voir les juges du fond refuser son admission constituera un motif de plus qui incitera les plaideurs à la prudence. En exigeant en outre le respect absolu de la contradiction, sauf impossibilité justifiée par l'urgence, il semble que toutes les mesures soient prises pour écarter la renaissance des excès de l'ancien Droit. Si le témoin ainsi entendu est toujours présent lors de l'enquête, il pourra être entendu à nouveau et confronté ; ce vœu du projet Appleton est aussi le nôtre.

Nous ne croyons pas par contre à la nécessité de rendre la décision, ordonnant la preuve par témoins, exécutoire par provision. Autant supprimer en matière d'enquête le double degré de juridiction. L'urgence seulement doit faire fléchir la règle de l'effet suspensif de l'appel.

Cette triple garantie de l'urgence, de l'admission provisionnelle et de la contradiction doit désarmer toutes les préventions contre l'enquête à futur. La voie doit être libre pour permettre enfin la conservation d'un témoignage dont on redoute la déperdition. Ne perdons jamais de vue que l'idéal

est d'apporter aux juges une vision complète de la réalité et que l'exclusion, en apparence anodine, d'une preuve risque d'être l'exclusion de la justice.

*
**

§ 2. — MAINTENIR CES DEUX GARANTIES DE SINCÉRITÉ :
LE SERMENT — LA SANCTION DU FAUX-TÉMOIGNAGE

Nous avons rencontré au cours de notre étude, les deux théories hostiles à la forme et à l'obligation actuelles du serment : celle, d'inspiration laïque, qui cherchait à lui enlever tout caractère religieux, celle, à base psychologique, dans laquelle M. Gorphe a prôné le serment facultatif, afin d'éviter cette confiance arbitraire qu'entraîne l'uniformité du serment prêté par tous. Le courant d'opposition a eu une force telle que nous ne saurions négliger de répondre à ces assauts. De la Grasserie n'écrivait-il pas naguère : « Nous pensons que le serment devrait être partout supprimé, comme étant tantôt inutile, tantôt interdit par la religion du plaideur, enfin dans tous les cas, comme constituant une usurpation des autorités de for extérieur sur le for intérieur » ? (11).

On voudra bien admettre qu'il est inutile de se prémunir contre l'infidélité du témoignage si les précautions ne sont pas prises contre le risque d'insincérité. Le mensonge n'est pas le seul péril à éviter ; il demeure un danger redoutable. Or, deux garanties puissantes existent.

Pour ceux auxquels la vérité ne parle pas assez haut par elle-même, le serment vaut au moins comme un appel à la conscience, s'il n'a pas toujours le sens profond d'un appel à Dieu, que lui confère le droit positif. L'honnête homme ressentira tout le poids de cette invocation à la Divinité. Pour le

(11) *Etude critique* précitée, p. 63.

faible elle sera le contre-poids nécessaire des passions qui l'incitent à mentir. Qui peut assurer que le coquin lui-même y sera insensible ? La solennité de sa prestation souligne au témoin la gravité de la déposition qui lui est demandée ; elle le place devant ses responsabilités.

Pour ceux qui se joueraient également du remords et du serment, de la colère de Dieu et du mépris des hommes, la sagesse du législateur a, de tout temps, institué les peines du faux-témoignage.

Gardons ces deux garanties. Fortifions celle-ci. Ne décapitons pas celle-là.

Ce serait affaiblir le serment que de laïciser davantage encore sa formule. Celle du Code est assez souple, dans sa neutralité, pour ne choquer aucune conviction. Le juge n'en aura pas moins à exercer son esprit critique : la valeur du serment n'est pas identique chez tous les témoins. Tous du moins doivent pouvoir être mis en face de leur devoir par le rappel des forces qui les dépassent.

Fortifions la sanction du mensonge en étendant les peines du faux-témoignage aux dépositions des indignes. Ce serait un scandale de laisser subsister pour les témoins les plus suspects le privilège de l'impunité. Que l'on ne nous objecte pas l'endurcissement du criminel invétéré ! Le souvenir des peines subies atténue rarement chez le délinquant le plus chevronné la crainte des peines à encourir. Il n'est même pas besoin de prévoir, comme le Code Pénal Italien, une échelle de peines moindre que pour les témoins assermentés ! La nocivité de la faute est égale dans les deux hypothèses. Rien ne justifie un traitement de faveur.

Le maintien de ces deux garanties n'est pas, croyons-nous, un obstacle à l'appréciation subjective du juge. Celle-ci interviendra au contraire sur un témoin mieux préparé, dès lors que le témoin sera, avec netteté, mis en présence de ce qu'il engage par ses paroles et de ce qu'il risque par ses mensonges.

§ 3. — PROCURER AUX JUGES UNE CONNAISSANCE DIRECTE
DU TÉMOIN

Nous ne referons pas en détail le procès de l'enquête secrète. La cause est entendue, croyons-nous (12).

La clandestinité n'a pas de supériorité vraie sur la publicité ; il est également inexact de prétendre que celle-ci compromet la dignité de la justice et que la présence du public risque d'intimider et de troubler les témoins. L'influence suggestive des parties s'exerce, avec plus d'acuité, dans l'ombre du cabinet du juge-commissaire.

L'avantage même d'épargner un temps précieux au tribunal est plus illusoire que réel ; la longueur des lectures d'audience compense amplement le gain des minutes qui seraient consacrées à la dictée des dépositions.

Surtout le procès-verbal est un instrument dangereux de déformation. La traduction en langage clair, correct et ordonné des phrases parfois obscures, hachées, sans lien et peu châtiées, prononcées par le témoin revient trop souvent à trahir le sens du témoignage. Fût-il fidèle jusqu'au scrupule, le procès-verbal est impuissant à rendre la physionomie exacte de la déposition, car il ne révèle rien du témoin, de sa conviction, de ses réticences, de son calme ou de son animosité, bref de tout ce qui peut le mieux éclairer le tribunal sur l'homme et la foi qu'il mérite.

L'observation directe, répétons-le, reste le moyen le plus simple et le plus puissant de contrôler l'exactitude des affirmations d'un témoin. Le tribunal entendra « des regards que d'autres croiront muets ». C'est aussi la seule manière d'obtenir l'image la moins déformée de la réalité : « A chaque passage à travers un milieu, la pensée subit une réfraction qui peut aboutir à la réfraction totale » (13).

(12) Première Partie, chap. IV, § II, et chap. V, § IV.

(13) De La Grasserie, *Etude critique*, p. 72.

Ces derniers arguments, fondés sur la plus exacte psychologie, seraient, à défaut d'autres, déterminants. La réception de l'enquête à l'audience doit être la règle. Nous nous séparons sur ce point de M. Gorphe, à la fine analyse duquel nous avons déjà rendu hommage. Pour ce dernier, « le juge ne peut bien suivre une technique d'interrogatoire que dans son cabinet. L'atmosphère du tribunal est trop agitée et trop troublante » (14). Il est possible, répondrons-nous, que certains témoins réclament des investigations plus scientifiques, à la poursuite desquelles l'audience se prête mal. Nous ne refusons pas, bien au contraire, aux juges d'ordonner ces recherches qui requièrent le calme. Ce n'est pas un motif suffisant pour, en tous les cas, imposer à l'enquête un secret complet. Il est primordial que le tribunal qui décide, voie et entende lui-même les témoins, car il n'y a pas d'intime conviction sans adhésion et il n'y a pas d'adhésion s'il n'existe pas une connaissance directe et personnelle. Le principe de la publicité a donc, en théorie, une indéniable supériorité.

Nous écartons par conséquent la formule du projet Antonin Dubost qui laissait l'option entre l'enquête à l'audience ou le renvoi devant un juge et celle du projet Appleton qui accorde au jugement prescrivant l'enquête, la faculté de renvoyer devant un juge rapporteur, devant le tribunal entier ou devant un autre magistrat en cas d'éloignement. La nécessité des commissions rogatoires mise à part, il ne faut pas permettre ce choix arbitraire, car la faculté détruit le principe. Il serait à redouter que les tribunaux à leur gré, persistent dans les errements anciens, sans faire effort pour rendre plus fréquente l'enquête publique. La pratique varierait suivant les ressorts.

Est-ce à dire que la crainte de l'encombrement des audiences soit vaine ? Certes non ! Certains tribunaux sont fort encombrés ; d'autres moins chargés disposent d'un personnel

(14) *Op. cit.*, p. 405.

judiciaire trop restreint, tiraillés entre les audiences civiles et correctionnelles, les séances d'instruction et les procédures spéciales qu'ont multipliées dans le droit contemporain, tant de lois, par essence « exceptionnelles et provisoires » : loyers, accidents du travail, propriété commerciale, baux ruraux, etc.

Le principe de la publicité, excellent en soi, appelle selon nous deux correctifs : la généralisation obligatoire de la sténographie, l'emploi exceptionnel de l'enquête secrète dans certains cas limitativement déterminés.

Il ne suffit pas d'entendre les témoins, il faut conserver la trace de leurs dépositions. Si l'affaire est susceptible d'appel cela va sans dire. La Cour serait obligée de faire recommencer l'enquête : d'où retards et frais. Même dans les litiges jugés en dernier ressort, les juges ne peuvent toujours se contenter d'une impression fugitive ; certaines questions de comptes, de propriété, de servitude demandent un examen attentif et le recours aux témoignages recueillis. Or, nul ne peut songer à utiliser les simples notes, rédigées par le Greffier, très incomplètes, déjà dangereuses au pénal, qui le seraient encore plus au civil. D'autre part, si le président a la préoccupation de dicter une rédaction en style clair, quelle perte de temps et quelle réfraction du témoignage !

Quel remède trouver ? Citons, sans y rien changer ces passages excellents de R. de la Grasserie (15) : « On photographie pour ceux qui ne peuvent voir ou qui ne se rappellent pas les objets. Pour ceux qui n'ont pu entendre ou désirent entendre de nouveau, on se sert de la sténo qui suit le mouvement et la vitesse naturels... Le président interrogerait les témoins, entendrait les explications des parties sans se préoccuper de la constatation par un procès-verbal, mais la constatation aurait lieu ; elle ne se bornerait point à l'analyse sèche de la déposition comme celle qui est dictée ; elle la

(15) *Etude critique*, p. 73, et *De la Preuve testimoniale en Droit comparé*, p. 594.

reproduirait toute entière avec les termes mêmes des témoins; elle les photographierait. Le greffier sténographierait. En cas d'appel, il y aurait une traduction de la sténo sur un procès-verbal ; sinon les parties pourraient dispenser de la traduction en langage clair. Cela ne prendrait pas un temps trop long. Les juges auraient l'impression de l'enquête vive et son souvenir exact. La Cour elle-même retiendrait quelque chose de la physionomie des dépositions »,

Nous cherchons en vain quelle raison sérieuse pourrait être opposée à ce projet. Il faut se décider à harmoniser la procédure avec nos mœurs et les exigences de la vie moderne.

Quelles exceptions concevons-nous à la règle de la publicité ? Nous avons indiqué notre hostilité contre le choix arbitraire du tribunal ; précisons donc les hypothèses où l'enquête sera renvoyée devant un juge-commissaire.

Nous marquerons en premier lieu les enquêtes de divorce et de séparation de corps. Pourquoi ? elles n'ont pas besoin de publicité. Une loi très récente (16) a décidé à juste titre que ces causes seraient débattues en Chambre du Conseil. Il n'est pas nécessaire d'étaler aux yeux des étrangers les faits pénibles ou scandaleux qui rompent l'unité d'un foyer. L'enquête, il est vrai, pourrait avoir lieu devant tout le tribunal, mais à huis-clos. Cela ne s'impose nullement. S'il est une procédure qui peut s'offrir le luxe d'être longue et coûteuse, c'est bien celle-ci. L'intérêt de la famille française ne commande pas qu'elle devienne rapide et à bon marché. Ajoutons qu'on ne rencontre pas dans ces instances, ce caractère fatal de la sentence, cette obligation de juger même avec une certitude relative qui est la caractéristique de beaucoup d'actions où un droit est lésé, un trouble de fait est né, qui exigent une solution. Le tribunal ne se résoudra à détruire le lien familial que s'il a la preuve de motifs graves. L'enquête secrète suffit

(16) Loi du 2 avril 1941, *Journal Officiel* du 13 avril 1941.

à les révéler. Etant donné le nombre considérable des enquêtes consacrées aux divorces et aux séparations de corps, l'allègement du rôle des audiences sera important.

Hormis cela, nous souscrivions volontiers aux trois exceptions prévues par le Code de Procédure Civile Allemand : le renvoi devant un juge aurait lieu, quand il est indispensable d'entendre les témoins sur les lieux, quand leur audition à l'audience entraînerait des difficultés trop grandes ou quand le témoin habite à une distance trop éloignée. Le renvoi serait motivé et donc contrôlé. Le projet de 1868 avait cru devoir établir un statut spécial pour le tribunal de la Seine. Nous pensons qu'en cas d'encombrement, la formule ci-dessus offre assez de possibilités pour qu'un régime particulier ne soit pas indispensable.

Nous croyons ainsi avoir assoupli la règle primordiale de la publicité aux exigences de la vie judiciaire. Qu'importe d'ailleurs que la satisfaction de ce principe emporte quelques sacrifices, s'il est la condition d'une bonne justice ? Comment en douterions-nous ? Nous apprécions son usage constant, en justice de paix, au tribunal de commerce, au pénal. Sans doute le juge criminel est obligé de recourir successivement aux deux formes d'enquête. « Mais, ainsi que l'écrivait Lavielle, vienne le jour du débat, l'enquête écrite est mise de côté non seulement comme inutile mais comme dangereuse. La seconde n'est même pas une traduction de la première. C'est un texte nouveau : le seul que les jurés et les juges doivent consulter, car c'est le seul qui ait été entouré de toutes les garanties de la publicité... » (17).

*
* *

(17) *Op. cit.*, p. 162.

§ 4. — PERMETTRE A L'AUDIÈNCE UNE AUDITION SOUPLE
DU TÉMOIN

Le Code de Procédure interdit toute nouvelle audition du témoin, toute confrontation entre témoins ; il écarte la simultanéité de l'enquête et de la contre-enquête qui se déroulent de façon distincte, comme deux enquêtes étrangères l'une à l'autre.

Le tribunal doit pouvoir faire la lumière en toute liberté. Nous demandons donc que l'enquête et la contre-enquête aient lieu en même temps, qu'il soit toujours possible de rappeler un témoin qui a déjà déposé et de confronter les témoins, non seulement entre eux, mais avec les parties.

Cette dernière suggestion constitue l'un des points les meilleurs du projet de l'Association Nationale des Avocats. La participation des parties n'est actuellement admise que d'une manière indirecte, à l'actif et non au passif, peut-on dire car, si elles interrogent, elles ne peuvent être interrogées. Le tribunal devrait pouvoir exiger leur présence, afin de les questionner, si besoin est, avec les témoins. On obtiendrait ainsi une combinaison heureuse de l'enquête et de la comparution personnelle, dont le fonctionnement isolé apparaît le plus souvent infructueux.

Ce contrôle réciproque peut être très précieux ; il intervient à un moment où il n'y a plus à redouter que le témoin soit suggestionné par son entourage, puisque sa première audition est une audition séparée et qu'elle demeure la base de la critique testimoniale des juges.

Comment nier l'efficacité de tels rapprochements ! Le témoignage brut peut contenir aussi bien l'erreur que la vérité. La concordance intertestimoniale reste la première épreuve à quoi il doit être soumis. Que de contradictions s'éclairent à l'issue d'une confrontation ! Celle-ci peut provoquer un aveu inattendu d'une partie, jusqu'alors muré dans un profond silence. L'expérience des juridictions pénales est

trop concluante pour que les tribunaux civils n'en bénéficient point à leur tour.

La vraie supériorité de la preuve testimoniale est de pouvoir restituer aux juges l'impression vive de la réalité. Il faut pour cela lui laisser sa spontanéité et ne pas la figer en des rites immuables qui la momifient. La souplesse de l'audition du témoin est une exigence naturelle de la psychologie du témoignage.

En vertu du même principe, nous acquiesçons volontiers à cet autre vœu du projet Appleton : si un témoin se révèle après coup, dont un incident des débats rend l'audition désirable, celui-ci sera entendu en tout état de cause, sur une décision motivée du tribunal. Si les nom et adresse de ce témoin sont inconnus, la police judiciaire pourra être invitée à les rechercher.

*
**

§ 5. — DONNER AUX JUGES LES MOYENS DE RÉALISER UNE CRITIQUE LIBRE ET COMPLÈTE DU TÉMOIGNAGE

La plupart des réformes que nous préconisons tendent à faciliter aux juges une critique meilleure du témoignage. C'est pour permettre cette critique que nous avons demandé la vision directe du témoin par le tribunal, la possibilité pour ce dernier de procéder librement à tous les interrogatoires et confrontations qui apparaîtraient désirables, la généralisation de la sténographie, qui, si la rédaction d'un procès-verbal s'impose, rend la déposition sans déformation, l'abolition des reproches qui supprime les entraves apportées à l'appréciation du juge...

Il faut davantage encore si l'on veut que les magistrats soient à même de juger la valeur du témoin et celle de sa déposition.

Nous avons admis par exception, certaines hypothèses où l'enquête se déroulerait devant un juge-commissaire. Celui-

ci doit, en ce cas, être invité à noter au procès-verbal tout ce qui est de nature à préciser la confiance que méritent les témoins et si le tribunal l'estime utile, fournir tous renseignements oraux sur le degré de créance qui s'attache selon lui à leurs déclarations. Cela implique qu'il siégera, sauf empêchement constaté, au nombre des juges qui trancheront le fond du litige.

Un autre palliatif aux inconvénients certains de l'enquête secrète résidera dans l'usage que fera le Tribunal de rappeler à sa barre les témoins entendus pour les questionner et les confronter. Nous nous contentons de renvoyer à cet égard aux articles 158 et 161 du projet Appleton (18).

Du même projet, nous retiendrons aussi, l'article 159 : « Les juges peuvent toujours s'enquérir auprès de toute autorité publique ou de tout service judiciaire ou de police de la moralité du témoin et du degré de créance que peut mériter sa déposition ». Les investigations les plus larges doivent être permises, à condition que les résultats de ces recherches soient communiqués contradictoirement aux conseils des parties. Il peut y avoir des cas extrêmes où la nécessité se fait sentir de faire procéder à l'examen mental d'un témoin dont les facultés intellectuelles paraissent déficientes. Pourquoi refuserait-on au tribunal le moyen de compléter son information ? Si le témoignage est, de toute évidence, suspect ou s'il semble devoir rester sans portée sur l'issue du débat, l'idée de l'examen sera écartée. Il n'y a pas à redouter que les magistrats abusent d'une telle possibilité ; ils ont trop à faire pour y recourir sans nécessité.

Suppression des entraves héritées d'un passé formaliste, permission d'avoir recours à toutes les recherches qui se révéleront indispensables, voilà les conditions de la critique libre et complète qu'impose la conception psychologique du témoignage.

(18) II^e partie, chap. II, § III.

CONCLUSIONS

Ces réformes réalisées, le juge parviendra-t-il toujours à obtenir la photographie exacte des faits, qui constitue l'idéal du témoignage ? Gardons-nous de cette illusion. Le droit probateur ne connaît pas d'instrument plus mobile, plus fluide, plus difficile à saisir que la preuve par témoins.

Certes, l'effort législatif que nous réclamons doit restituer à l'enquête sa seule fin : la recherche du vrai et à l'appréciation du juge sa pleine liberté. Il faut que le magistrat soit comme un savant qui poursuit ses recherches hors de toute contrainte et n'admet une proposition pour vraie que d'après sa conviction.

Mais si une bonne procédure peut procurer au juge une connaissance directe des témoins directs des faits, lui permettre, par le jeu de l'interrogatoire et de la confrontation, au besoin par une information plus étendue, une première critique du témoignage, elle laisse entier l'immense et délicat domaine de l'appréciation psychologique.

Derrière le témoignage brut, en effet, il y a le témoin : l'homme, avec la complexité de ses facultés et « les fragments de conduite humaine » qu'il a perçus et relatés. Pour déceler les sources variables d'erreur qui peuvent se produire aux différents stades de perception, de conservation et de reproduction des faits qui sont l'objet du témoignage, en tenant compte des aptitudes physiques, de tous les rouages moraux, intellectuels, affectifs et psychiques susceptibles d'influer du sujet sur l'objet, il est nécessaire de se livrer à une tâche malaisée qui réclame, plus que de la pratique, de la science.

L'œuvre de la critique testimoniale sera non seulement le fruit de l'expérience, mais aussi celui de la connaissance. Nous nous abriterons une fois encore derrière la haute autorité de M. Gorphe pour ce dernier vœu : « On enseigne aux magistrats la procédure des enquêtes, question de pure forme. Nulle part, on ne leur enseigne l'appréciation, le contrôle, la pondération des témoignages, question de fond qui l'emporte sur le contenant ». Les travaux scientifiques de l'Ecole Moderne de Psychologie judiciaire doivent être poursuivis et vulgarisés, surtout près de ceux-là que l'exercice quotidien de la justice met en contact avec ce mode de preuve faillible, fragile, mais nécessaire.

Entourée de ces garanties, la preuve par témoins ne cesse pas d'être dangereuse ; elle peut devenir cependant l'instrument le meilleur pour approcher la vérité, car elle seule nous en donne l'impression vive. C'est par là que s'affirme sa supériorité..., à condition évidemment de laisser au témoignage sa spontanéité et sa vie. Il est trop facile de le mutiler pour le mieux condamner.

VU :

Le Doyen,

H. NEZARD.

VU :

Le Professeur, Président de la Thèse,

E. GOMBEAUX.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

*Le Recteur de l'Académie,
Président du Conseil de l'Université,*

P. DAURE.

BIBLIOGRAPHIE

1° OUVRAGES GÉNÉRAUX

- AUBRY ET RAU. — *Cours de Droit Civil Français*, t. XII, 5^e édit., Paris, 1922.
- BENTHAM (Jérémie). — *Les Preuves Judiciaires*, Œuvres complètes, 1840, Bruxelles, t. II.
- BORDEAUX (Raymond). — *Philosophie de la Procédure Civile*, Evreux, 1857.
- CARRÉ ET CHAUVEAU. — *Lois de la Procédure Civile et Commerciale*, 5^e édit., Paris, 1880-1882.
- CUCHE. — *Précis de Procédure Civile et Commerciale*, Paris, 1924.
- DALLOZ. — *Nouveau Code de Procédure Civile Annoté*, Paris, 1911, t. II.
- *Répertoire Pratique de Législation, Doctrine et Jurisprudence*, t. V, V^e « Enquête ». Paris, 1913.
- *Supplément au Répertoire pratique*. Paris, 1927.
- FUZIER-HERMANN ET CARPENTIER, etc. — *Répertoire Général Alphabétique du Droit Français*. Paris, 1900 et Supplément, V^{is} « Enquête », « Témoins ».
- GARSONNET ET CÉZAR-BRU. — *Traité théorique et pratique de Procédure Civile et Commerciale*, t. II. Paris, 1912 (3^e édition).
- GLASSON, MOREL ET TISSIER. — *Traité théorique et pratique d'Organisation judiciaire, de Compétence et de Procédure Civile*, t. II, 3^e édit. Paris, 1925-1926.
- JAPIOT (René). — *Traité Élémentaire de Procédure Civile et Commerciale*, 2^e édit. Paris, 1929.

- LAVIELLE (Nicolas). — *Etudes sur la Procédure Civile*. Paris, 1862.
- LE POITEVIN. — *Dictionnaire-Formulaire des Parquets*, t. II, 6^e édition.
- MOREL (R.). — *Traité Elémentaire de Procédure Civile*. Paris, 1932.
- PLANIOI ET RIPERT. — *Traité Pratique de Droit Civil Français*, t. VII. Paris, 1931.
- TISSIER, DARRAS, LOUCHE-DESFONTAINES. — *Code de Procédure Civile annoté du Recueil Sirey*. Paris, 1889-1892.

2° ETUDES PARTICULIÈRES

- CHARRIER (Charles). — *Le Serment*. Thèse Paris, 1899.
- DESCLES (André). — *De la Procédure Sommaire devant les Tribunaux Civils*. Thèse Caen, 1904-1905.
- DUCROS (J.). — *Le Serment en Droit Pénal*. Thèse Montpellier, 1936.
- FARCET (P.). — *Le Faux-Témoignage*. Thèse Poitiers, 1902.
- GERMER-DURAND. — *Les Enquêtes à futur*. Thèse Paris, 1907.
- GORPHE (F.). — *La Critique du Témoignage*, 2^e édit. Paris, 1927.
- DE LA GRASSERIE (R.). — *Etude Critique sur le Projet de Révision du C. P. C.* Paris, 1897.
- MICHAUX (H.). — *De la Procédure d'Enquête en Matière Civile*. Thèse Paris, 1909-1910.
- PAULUS. — *Du Témoignage suspect en raison de l'Etat mental des Témoins*. Thèse Paris, 1912-1913.
- PERRAUD-CHARMANTIER (A.). — *Le Secret professionnel, ses limites, ses abus*. Paris, 1926.
- PONSDEVIER (A.). — *De la Preuve par témoins en matière civile*. Thèse Toulouse, 1877.

- VILLEBRUN (Eugène). — *Essai sur l'extension de la Preuve par témoins dans le Droit Moderne*. Thèse Montpellier, 1909.
- TISSIER (Albert). — *Le Centenaire du Code de Procédure et les projets de réforme*. Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1906, p. 625.
- ZEGLIICKI. — *Des modifications à apporter au Code de Procédure*. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, 1909, p. 31.

3° OUVRAGES D'ORDRE HISTORIQUE

- DE BEAUMANOIR. — *Les Coutumes du Beauvaisis*, t. II, édit. Beugnot. Paris, 1842.
- BERLAUD. — *Des divers modes de preuve en Droit Romain*. Thèse, Poitiers, 1883.
- BOICEAU (Jean). — *Traité de la Preuve par témoins en matière civile*. Commentaires de Danty, 6^e édit., Paris, 1769.
- BORNIER. — *Procès-verbal des conférences tenues par ordre du roi pour l'examen des articles de l'Ordonnance Civile du mois d'Avril 1667*. Paris, 1757.
- CUQ. — *Les Institutions Juridiques des Romains*. Paris, 1891.
- ESMEIN (A.). — *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle*. Paris, 1882.
- FOURNIER (Paul). — *Des Officialités au Moyen âge*. Paris, 1880.
- GLASSON. — *Les Sources de la Procédure Civile Française*. Paris, 1882.
- IMBERT (Jehan). — *Pratique judiciaire*. Paris, 1514.
- JOUSSE (Daniel). — *Nouveau Commentaire sur l'Ordonnance Civile d'Avril 1667*, t. II. Paris, 1767.

LASSERE (Louis). — *L'art de procéder en justice ou la Science des moyens judiciaels nécessaires pour découvrir la vérité*. Paris, 1677.

LOCRE. — *La Législation Civile, Commerciale et Criminelle de la France*, t. XXI. Paris, 1827.

POTHIER. — *Traité de la Procédure Civile*. Paris, 1778.

RIBAIN (A.). — *Des moyens de preuve en général et en particulier des enquêtes*. Thèse Paris, 1886.

RODIER. — *Questions sur l'Ordonnance de Louis XIV d'Avril 1667, relatives aux usages des Cours de Parlement*. Toulouse, 1769.

TARDIF. — *La Procédure Civile et Commerciale aux XIII^e et XIV^e siècles*. Paris, 1885.

4° OUVRAGES DE DROIT COMPARÉ

ALLARD. — *Examen critique du Code de Procédure du Royaume d'Italie*. Revue de Droit International et de Législation comparée, 1869-1870, p. 199.

BELLOT. — *Loi sur la Procédure Civile du Canton de Genève*.

BELTJENS. — *Code de Procédure Belge Annoté*. Liège, 1897.

GLASSON, LEDERLIN ET DARESTE. — *Code de Procédure Civile Allemand du 30 janvier 1877 dans sa Teneur du 20 mai 1898*.

DE LA GRASSERIE. — *De la Preuve testimoniale en Droit Comparé*. Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, 1905, p. 175.

DE FRANQUEVILLE. — *Le Système Judiciaire de la Grande-Bretagne*, 2^e édit. Paris, 1893.

HAANEBRINCK (P.-H.). — *Le Code Civil Néerlandais*, 1921.

LANEYRIE ET DUBOIS. — *Le Code Civil Portugais du 1^{er} juillet 1867*.

LÈVE. — *Le Code Civil Espagnol, promulgué le 24 juillet 1889.*

5° NOTES DE JURISPRUDENCE

BESSON. — D. 1930.2.73 et D. 1932.2.25 (Reproche, certificats).

CÉZAR-BRU. — D. 1896.2.177 (Reproche-certificats).

DELISE. — *Recueil Périodique de Procédure Civile*, 1882-97
(Commis-salariés).

ESMEIN (A.). — S. 1901.1.161 (Secret professionnel).

LABBÉ. — S. 1893.1.337 (Pouvoir d'appréciation du Juge).

MESSDACH DE TER KIELE. — D. 98.2.150 (Reproche-Filiation).

NAQUET. — S. 1918-19.1.9 (Secret professionnel).

PERREAU (E.-H.). — S. 1918-19.1.121 (Secret professionnel).

PLANIOL (Marcel). — D. 1899.1.585 (Secret professionnel).

ROUX. — S. 1905.1.297 (Secret professionnel).

TISSIER (Albert). — S. 1898.1.81 (Caractère limitatif des reproches).

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	9
--------------------	---

PREMIERE PARTIE

Le Système actuel du Code de Procédure Civile

SECTION I. — <i>LES QUALITES REQUISES DU TEMOIN</i>	22
---	----

CHAPITRE PREMIER. — <i>Qui peut être Témoin ?</i>	23
--	----

§ I. — Le Principe : Tout le monde peut témoigner	23
---	----

§ II. — Aucun obstacle tiré de l'âge, du sexe, de l'état mental	26
---	----

§ III. — Aucune exigence numérique.....	30
---	----

§ IV. — Seul contrôle : La libre appréciation du juge	33
---	----

CHAPITRE II. — <i>Exclusions : Incapacités et Reproches</i>	37
---	----

§ I. — Historique	37
-------------------------	----

§ II. — L'Indignité	43
---------------------------	----

§ III. — L'Incapacité.	46
-----------------------------	----

§ IV. — Les Reproches	48
-----------------------------	----

a) Causes de reproches : Reproches obligatoires	49
---	----

Reproches facultatifs	64
-----------------------------	----

b) Modes de proposition des reproches..	69
---	----

c) Jugement des reproches	72
---------------------------------	----

CHAPITRE III. — <i>Les Obligations du Témoin</i>	75
§ I. — Obligation de comparaître.....	75
§ II. — Obligation de prêter serment.....	78
§ III. — Obligation de dire la vérité.....	84
§ IV. — Une importante exception : le secret professionnel.	89

SECTION II. — <i>LES CONDITIONS DE RECEPTION DU TEMOIGNAGE</i>	97
--	----

CHAPITRE IV. — <i>Les Caractères de l'Enquête ordi- naire</i>	99
§ I. — L'Enquête ordinaire est incidente..	99
a) L'enquête à futur dans l'ancien Droit.	100
b) L'enquête à futur depuis le C. P. C...	103
c) Nécessité de l'enquête à futur.....	104
§ II. — L'Enquête ordinaire est secrète....	106
a) Historique de l'enquête secrète.....	106
b) Avantages et inconvénients de la clan- destinité.	111
§ III. — L'Enquête ordinaire est formaliste.	115

CHAPITRE V. — <i>L'Audition du Témoin</i>	119
§ I. — Oralité du Témoignage	120
§ II. — Audition séparée	122
§ III. — Les questions au témoin.....	124
§ IV. — Rédaction du procès-verbal.....	127

APPENDICE. — Les particularités de l'enquête en matière sommaire	131
---	-----

DEUXIEME PARTIE

Comment rendre l'Enquête plus efficace ?

CHAPITRE PREMIER. — <i>Quelques expériences étrangères</i>	137
§ I. — Les deux grands courants du Droit Comparé.	138
a) Les qualités requises des témoins....	138
b) La procédure proprement dite	143
§ II. — Une expérience intéressante : le Code de Procédure Civile Allemand	146
a) Publicité de l'enquête	146
b) Dispenses de témoigner	147
c) Dispenses du serment	149
d) Enquête à futur	150
CHAPITRE II. — <i>Les Projets de Réforme en France.</i>	153
§ I. — L'œuvre de la Doctrine.....	154
§ II. — Les projets de 1868 et 1894.....	157
§ III. — Le projet de l'Association Nationale des Avocats	162
§ IV. — Les projets de réforme du Serment..	167
CHAPITRE III. — <i>Vœux et Critiques</i>	169
§ I. — N'écarter aucun témoin possible sans motifs graves	171
a) Réduction au minimum des incapacités	172
b) Abolition du système des reproches..	174
c) Limitation du secret professionnel....	178
d) Conservation du témoignage : enquête en référé	182

§ II. — Maintenir ces deux garanties de sincérité : le serment — la sanction du faux-témoignage	184
§ III. — Procurer aux juges une connaissance directe du témoin	186
§ IV. — Permettre à l'audience une audition souple du témoin	191
§ V. — Donner aux juges les moyens de réaliser une critique libre et complète du témoignage	192
CONCLUSIONS.	195
BIBLIOGRAPHIE	197

